Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Mittel zur Lösung der Kleinwohnungsfrage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der

juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Peter Bartmann,

Assessor in Frankfurt am Main.

Frankfurt a. M.

Druck von Gebrüder Knauer.

1914.

Inhalt.

Schlußbemerkung.

Literatur.

Arnheim, Grundbuchordnung, 2. Aufl., 1913.
v. Berlepsch-Valendas, Die Gartenstadtbewegung in England, 1911.
Biermann, Das Sachenrecht, 2. Aufl., 1903.
Dernburg, Das Sachenrecht, 3. Aufl., 1904.
Dernburg, System des Römischen Rechts (Pandekten), 8. Aufl., 1. Teil, 1911.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8/9. Aufl., 2. Bd., 1905.
Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau, 1907.
Eschwege, Zum Plan einer deutschen Erbbaubank, i. Jahrbuch der Bodenreform, 6. Bd., 2. Heft, 1910.
Favreau, Die Gestaltung der Eigentumsverhältnisse an den vom Erbbauberechtigten errichteten Gebäuden, Jenaer Diss., 1911.
Fuchs, Grundbuchrecht, 1. Bd., 1902.
Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., 1905.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd., 2. Aufl., 1903.
Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 2. Bd., 1886.
v. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 9. Aufl., 1904.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, 2. Bd., 1901.
Koehne, Das superfiziarische Rechtsinstitut, 1909.
Kohn, Das Erbbaurecht nach dem BGB., 1905.
Kretzschmar, Das Erbbaurecht, im Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 3. Jahrgg., 13. Heft.
Meyer, H., Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks, Sonderabdruck, 1905.
Muthesius, Das englische Haus, 1904/05; 2. Aufl., 1908.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., 1. Bd., 1909.

Oertmann, Erbbaurecht und hypothekarische Belastung, im Arch. für Bürgerliches Recht, 20. Bd., 1902.

Pesl, Das Erbbaurecht, 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Bd., 1902.

Sohm, Betrachtungen über das Erbbaurecht, im Jahrbuch der Bodenreform, 4. Bd., 4. Heft, 1908.

Sohm, Institutionen, 14. Aufl., 1911.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., 7/8. Aufl., 1912, (Kober).

Tripeloury, Ist das Erbbaurecht seiner im BGB. getroffenen rechtlichen Konstitution nach geeignet, eine Lösung der Kleinwohnungsfrage herbeizuführen? Greifswalder Diss. 1912.

v. Wagner, Praktische Bedenken und Einwände gegen die heutige Form des Erbbaurechts, im Jahrbuch der Bodenreform, 4. Bd., 4. Heft, 1908.

Wilutzky, Das Erbbaurecht als moderne Form der Erbleihe, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 49. Bd., 4/5. Heft, 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl., 1906.

Wittmaack, Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.

Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau. Jena 1900.

Motive, Protokolle, Entscheidungen des Reichsgerichts und anderer Gerichte.

Weitere Literatur findet sich in den Noten zum Texte.

Einleitung.

England und Deutschland. — Juristische Bedenken.

Jeder, dem die sittliche und körperliche Gesundheit unseres Volkes am Herzen liegt, muß die Versuche, die Kleinwohnungsfrage mit Hilfe des Erbbaurechts zu lösen, d. h. des veräußerlichen und vererblichen dinglichen Rechts, auf oder unter der Oberfläche eines fremden Grundstücks ein Bauwerk zu haben,[1]) mit Freude begrüßen. Manch einer wird aber doch die ernstesten Zweifel nicht unterdrücken können, ob dies Rechtsinstitut in der Tat zur Lösung der Frage berufen ist.

Man verweist das deutsche Volk so oft auf England, als ob ihm von dort alles Heil kommen könnte. Doch wird dabei bisweilen so manches übersehen: die Verschiedenheit der geschichtlichen Entwicklung, die Verschiedenheit des Volkscharakters und — die Mängel der fremden Einrichtungen.

Sehen wir von den beiden ersten Umständen hier ganz ab, so ist doch nicht außer acht zu lassen, daß die englische Erbpacht die größten Mißstände im Gefolge hat: auf wirtschaftlichem wie rechtlichem Gebiet, für die Einzelnen, wie für die Gesamtheit.

So vereinigt sie den Großgrundbesitz in den Händen weniger Privater — der ganze Grund und Boden Londons

---

[1]) BGB., § 1012.

z. B. gehört einigen Familien. Bei jeder Neuverpachtung eines Hauses muß sich der Pächter zu dessen gründlichster „Modernisierung“ dem Grundherrn gegenüber verpflichten, was ganz erhebliche Kosten macht, zumal, wenn das Haus noch recht verwahrlost und baufällig ist. Daß es dies aber ist, ist nicht zu verwundern. Denn das Haus gilt stets als wesentlicher Bestandteil des Grund und Bodens, als welcher es ohne Entschädigung nach Ablauf der Pachtzeit dem Grundherrn zufällt. Der neue Besitzer übernimmt also das Haus mit recht beträchtlichen Geldopfern. Diese Opfer sind aber auch in dem Falle groß genug, wenn das Haus wirklich nur zu „modernisieren“, nicht auch zu „reparieren“ ist. Die „Reparaturen“ sind nämlich — die Mitteilungen widersprechen sich hier anscheinend — oft auch die Pflicht des letzten Besitzers vor dem Heimfall an den Grundherrn. Solch Rückgabetag gleicht daher, wie Muthesius einmal sagt, für den unglücklichen letzten Besitzer oft dem jüngsten Gericht. Es kann sein völliger Ruin sein, woher es sich erklärt, daß niemand der letzte sein will, und daß das Gebäude immer mehr entwertet wird.

In Auseinandersetzungen, gar in Rechtstreitigkeiten läßt man sich aber so leicht nicht ein; denn die Pachtverhältnisse sind äußerst verwickelt, und außerdem die Prozeßkosten sehr hoch.

Man gibt denn wohl auch allenthalben zu, daß die Erbpacht den Pächter höchst ungünstig stellt.

Auch der Allgemeinheit ist die Erbpacht keineswegs durchweg von Nutzen: das verworrene und verwirrende Straßenlabyrinth einiger Stadtteile Londons hat man ihr zu danken. Der wahre Grundstückswert ist lange Zeit verschleiert, bis er plötzlich beim Pachtablauf bedenklich in die Höhe schnellt. Auch ist diese Erbpacht für die fortschreitende Entwicklung einer Stadt ein großes Hemmnis, so groß, daß Muthesius lieber die Bodenspekulation in Kauf nehmen will.

Diese Spekulation fällt nun freilich — und damit kommen wir zu den auch für Deutschland wichtigen Vorzügen der Erbpacht — in der Tat fort. Die Bodenwertsteigerung kommt ja dem Grundeigentümer zugute, weshalb er sein Bauland, das er zurzeit vielleicht nicht vorteilhaft verkaufen kann, doch in Erbbau geben wird, sodaß wiederum mit dem Steigen des Baulandangebots ein Sinken der Mieten eintreten kann. Man kann auch in den Besitz eines Hauses kommen, ohne Kapital zu bedürfen.

Für die deutschen Verhältnisse wird überdies die Erbpacht — im Gegensatz zur englischen — gerade als ein Mittel für die Vergemeindung des Baugrundes angestrebt, ein Bestreben, das übrigens auch in der englischen Gartenstadtbewegung zum Ausdruck gelangt.

Aber nicht vom nationalökonomischen Standtpunkt aus haben wir das Erbbaurecht hier zu betrachten: unsere oben erwähnten Zweifel sind juristischer Natur. Ist doch das Erbbaurecht so kärglich vom Bürgerlichen Gesetzbuch bedacht, daß tiefgehende Meinungsverschiedenheiten und damit — in der Praxis — gefährliche Rechtsunsicherheit unvermeidlich scheinen, welcher Umstand natürlich wieder auf die volkswirtschaftliche Verwertung des Instituts, eben für die Lösung des Kleinwohnungsproblems, von nachteiligem Einfluß sein muß.

So verpflichtet sich z. B. der Erbbauberechtige dem Grundstückseigentümer gegenüber zur Zahlung eines Bodenzinses, zur Erhaltung des Gebäudes, zur Errichtung eines nach Art und Umfang bestimmten Bauwerks. Eine nur obligatorische Bindung reicht hier aber nicht aus, da sie nur den Erbbauberechtigten halten würde, mit dem der Begründungsvertrag geschlossen; es ist also zur Sicherung des Grundeigentümers dingliche Wirkung unentbehrlich. Für den Erbbauberechtigten ist aber unentbehrlich, daß seine Erbbaurechtshypothek dem Hypothekengläubiger eine etwa gleiche Sicherheit bietet, wie eine Grundstückshypo-

thek. Die Fragen sind aber durchaus bestritten. Die Superfizies steht also, um mit Jhering zu sprechen, nicht mehr gelangweilt und neidisch wegen der geringen Ansprache im „juristischen Begriffshimmel“ sie wird vielmehr ihrer Lebenskraft und Rüstigkeit gemäß genügend in Anspruch genommen.

Die knappe Regelung des Erbbaurechts darf man jedoch dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zum Vorwurf machen; denn die große Bedeutung dieses Rechtsinstituts ist, wie Sohm hervorhebt, erst nach der Schaffung des Gesetzgebungswerks, vornehmlich durch die Bodenreformbewegung, entdeckt worden.

So sehr nun auch wir diese hohe Bedeutung für die gesunde Entwicklung unseres Wirtschaftslebens würdigen, und so gern wir darum dem Erbbaurecht eine weite Verbreitung wünschen, so müssen wir uns doch hüten — was manchmal nicht zu geschehen pflegt —, den Wunsch zum Vater der Auslegung zu machen. Wir werden vielmehr versuchen, sine ira et studio das Recht zu prüfen, ob es die ihm von den Freunden der Bodenreform gestellte Aufgabe erfüllen kann.[1])

---

[1]) Siehe hierzu v. Berlepsch-Valendas; Muthesius; Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau; v. Wagner; Tripeloury; v. Jhering und Sohm im Jahrb. der Bodenref. Bd. 4.

Erstes Kapitel.

Rechtsgeschichtliches.

Sichere Quellen über die Entstehung der Superfizies, der Vorläuferin des Erbbaurechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sind nicht vorhanden. Einige ältere Schriftsteller wollen schon in dem Vertrage, den die Königin Dido mit dem Numidierkönig Jarbas zum Zweck der Ansiedelung geschlossen hatte, ein Beispiel der Superfizies finden.[1]) In den Geschichtswerken ist meist von einem Kauf oder einer Schenkung die Rede. Feststellen lassen wird sich die Natur jenes Vertrages aber wohl kaum.

Ob die Superfizies dem griechischen Rechte entstammt, wie bisweilen behauptet wird, ist ebenfalls fraglich.

1. Das griechische Recht.

Das griechische Recht kennt allerdings eine Erbpacht. So ist neuerdings von Koehne dargetan worden, daß zwar die zwei Stellen aus der angeblich von Aristoteles stammenden Oekonomik[2]) und die Inschrift von der Insel Tanos[3]) diese Erbpacht kaum bezeugen können, daß sie jedoch aus einer Inschrift hervorgehe, in der eine Gesellschaft von acht Mitgliedern einem gewissen Eukrates eine Werkstatt in Piräus nebst dem anstoßenden Hause auf ewige Zeiten für 54 Drachmen jährlich vermietet. Allein diese griechische

[1]) Literatur bei Pesl, S. 9 N. 4, 5, 6.

[2]) Koehne, S. 5 f.

[3]) Koehne, S. 7 f.

Erbpacht hat mit der römischen Superfizies nur geringe Ähnlichkeit. Der Mieter[1]) verpflichtet sich in der Inschrift freilich, die erforderlichen Hausreparaturen zu übernehmen, was bei unserem Erbbaurecht, wie bemerkt, häufig vorkommt, kaum aber bei der Superfizies der Römer vorgekommen sein dürfte. Ferner wird dem Erbpächter und seinen Nachkommen die Benutzung des gepachteten Grundstücks durch eine Vertragsstrafe von 1000 Drachmen gesichert, woraus zu entnehmen wäre, daß er nicht wie der Superfiziar Klagerechte gegen Dritte hatte. Endlich soll nach Koehne gegen die Annahme einer Superfizies sprechen, daß nirgends in der Urkunde angedeutet werde, daß bei dem „Verkauf der Gebäude“ der Grund und Boden bei dem Veräußerer geblieben sei. Bei Geschäften über ein Haus dürfe man nicht ohne weiteres an Superfizies bezw. jetzt an Erbbaurecht denken; vielmehr meinten die Parteien in der Regel mit „Haus“ auch den „Grund und Boden“.

Der letzte Satz ist freilich unbestreitbar, das ganze Argument jedoch infolge des Ausdrucks „bei dem Veräußerer geblieben“ nicht eben klar. Soll er bedeuten, daß der Grund und Boden Eigentum des Eukrates geworden ist? Dann handelte es sich überhaupt nicht um Pacht oder Miete, sondern um Kauf. Oder soll er bedeuten, daß der Grund und Boden dem Eukrates mitvermietet sei? Dann ist der Ausdruck recht unglücklich gewählt. Aber er kann doch wohl nur in diesem Sinne verstanden werden; denn von einem Kauf ist nicht die Rede. Es läge also eine Verpachtung oder Vermietung der Gebäude nebst dem Grund und Boden vor — in welchem Falle wir Koehnes Ausführungen zustimmen müssen.

---

[1]) Koehne nennt Eukrates nicht Pächter und wohl mit Recht; denn ihm war wohl nur der Gebrauch der Räumlichkeiten, nicht auch der Betrieb überlassen. Es wäre dann also nach unseren Begriffen eine Erbmiete gewesen, vgl. auch die Wörter: μισθοῦν (vermieten; dies Wort steht in der Inschrift) und ἐκμιρθοῦν (verpachten).

Auch die sonst vorkommende Erbpacht beweist nichts für die Superfizies; nicht einmal die etwaige Tatsache, daß die Superfizies zuerst auf griechisch-römischem Boden, in Capua, entstanden sei, könnte als Beweis angeführt werden. Überdies ist es, wie Koehne nachweist, nicht einmal Tatsache. Etwaige Zweifel, die nach der Darstellung des Livius von der Behandlung Capuas nach dem zweiten punischen Kriege noch obwalten könnten, werden teils durch Mitteilungen Ciceros, teils durch eine andere u. E. zutreffendere Interpretation behoben.

Die eine Stelle des Livius lautet: „ager omnis et tecta publica populi Romani facta“.[1])

Wenn man will, kann man publica auch auf facta beziehen, wenngleich die Wortstellung für die Zusammengehörigkeit der Wörter tecta und publica spricht. Es könnte sonach fraglich sein, ob sich die Konfiskation außer auf den Acker nur auf die öffentlichen Gebäude oder auf alle erstreckt habe. Nach Cicero[2]) ist aber nur der Acker konfisziert und die öffentlichen Gebäude dem römischen Statthalter zur Benutzung überwiesen worden. Alle anderen Gebäude werden gar nicht erwähnt. Dies ist um so mehr für die hier ausgesprochene Ansicht beweisend, als Cicero jene Beschlüsse über die Behandlung Capuas selbst eingesehen hatte.

Die andere Stelle betrifft eine Maßregel der römischen Militärverwaltung, wonach der Feldherr Flaccus seine Soldaten vom Lande in die Stadt gezogen hat, damit die ländlichen Gebäude zusammen mit den Äckern verpachtet werden könnten. Auch dies hat aber mit der Superfizies nichts zu tun.[3])

---

[1]) Livius, XXVI, 16,

[2]) Cicero Leg. agr. II, 32, c. 88.

[3]) Koehne, S. 11 f.

2. Das römische Recht.

Nach allgemeiner Meinung ist die Superfizies des römischen Rechts auf dem ager publicus und dem Gemeindelande der Kommunen erwachsen. Als ältestes Beispiel sehen viele nach des Livius und Dionysius Berichten die lex Icilia de Aventino publicando an. Dies Gesetz erlaubte den Plebejern, den Aventin zu bewohnen. Da aber nirgends davon die Rede ist, daß sich der Staat das Eigentum vorbehalten oder einen Zins für die Benutzung des Bodens ausbedungen habe, so ist ein superfiziarisches Recht hier wohl nicht anzunehmen.[1])

Während nun Pesl und andere dies Gesetz nur nicht als Beleg für eine Superfizies gelten, wohl aber mit der allgemeinen Meinung die Superfizies aus der Verpachtung des dem Staate gehörigen Baulandes entstehen lassen, sucht Koehne nachzuweisen, daß man ihre Entstehung auf privatem Boden zu suchen habe. In erschöpfenden, sehr interessanten Ausführungen wendet er sich nicht nur gegen die Auffassung der eben besprochenen lex, sondern gegen alle Argumente der herrschenden Ansicht.[2])

Wir können hier das Für und Wider natürlich nicht abwägen, müssen aber doch wenigstens den Kern der Koehne'schen Erörterungen darstellen.

„Alle Quellenstellen“, sagt Koehne, „in denen ein superfiziarisches Rechtsverhältnis ausdrücklich und zweifellos erwähnt ist, handeln lediglich von Verleihung von Privatboden zur Errichtung von Häusern (domos, aedes, insulae); . . . Wo der Staat oder eine die Gemeinde vertretende Behörde Rechte zum Bauen auf fremdem Boden verleiht, ‚wird das Gebrauchsrecht des Privatmannes nirgends als superfizies bezeichnet‘.“ Koehne bezieht sich

---

[1]) Pesl, S. 9 f; s. auch die dort zitierte Literatur; bes. eingehend Koehne, S. 16 f.

[2]) Koehne, S. 14 f.

hier auf Karlowa, der ebenfalls „zwischen . . . auf öffentlichem Boden sich vollziehenden Verhältnissen und der privatrechtlichen Superfizies“ unterscheidet. Als Beleg führt Koehne dann einige Quellenstellen an, nach denen diese Unterscheidung wohl gerechtfertigt scheinen könnte. „Der römische Staat“, heißt es weiter, „hat zwar schon früher in sehr umfangreicher weise Ackerland und bisweilen auch Gebäude in Erbpacht gegeben; die Verleihung von Bauplätzen seitens des Staates zur Errichtung von Wohnhäusern ist aber erst nach der Ausbildung des superfiziarischen Interdikts nachweisbar.“[1])

Da hier aber, wie gesagt, nicht der Ort ist, die widerstreitenden Lehren einer eingehenden kritischen Würdigung zu unterziehen, so müssen wir uns auch der Ablehnung der herrschenden Lehre[2]) enthalten.

Fragen wir nun nach den Gründen, die die Superfizies — wie auch die hier nicht zu behandelnde Emphyteuse — auf publizistischem Boden entstehen ließen, so sind deren etwa drei zu nennen.

Einmal beabsichtigte man, das Staats- und Gemeindeland sowie die kaiserlichen Dominialgüter besser auszunutzen, als dies durch fiskalische Selbstbewirtschaftung oder durch Zeitpacht geschehen konnte. Ferner sicherte man durch den Bodenzins dem Staatsschatze eine gleichmäßige Rente. Endlich aber sollten die kapitalarmen Bürger den Grundeigentümern ungefähr gleichgestellt werden, ohne daß man ihnen doch das Staatseigentum zu Privateigentum übertragen wollte.[3])

Die Superfizies — das Superfiziarrecht, Platzrecht, Erbbaurecht — ist das „vererbliche und veräußerliche ding-

---

[1]) Koehne, S. 14 f.; s. auch Koehne, S. 2 u. 3.

[2]) Außer auf Degenkolb und v. Wächter (zitiert bei Koehne, S. 2) verweisen wir vornehmlich noch auf Dernburg, S. 468 f.; Sohm, S. 455, Nr. 1: Ermann, S. 18, 53.

[3]) Dernburg, Pand. S. 468; siehe auch Tripeloury, S. 9.

liche Recht, ein Gebäude oder eine andere Anlage dauernd[1]) auf fremdem Boden zu haben".[2])

Der Superfiziar übt alle Rechte des Eigentümers am Hause aus. Er hat ein eigentumähnliches Recht am fremden Grundstück. Er hat die Klagen des Eigentümers utiliter und genießt possessorischen Schutz durch ein besonderes interdictum de superficie.[3]) Nach Dernburg und der herrschenden Meinung kann er sein Recht veräußern, die Sache aber verpfänden,[4]) während er nach Windscheid auch nur sein Recht verpfänden kann.[5])

Ob die Verpflichtung zur Bodenzinszahlung wesentlich[6]) war, ist zweifelhaft. Die öffentlichen Lasten trug der Superfiziar gewiß.[7])

Ein Recht an fremder Sache war die Superfizies deshalb, weil nach römischen Rechtsanschauungen „das mit dem Grund und Boden (dauernd) Zusammenhängende keine selbständige Existenz hat, sondern nur Bestandteil des Grund und Bodens ist, daher auch nicht Gegenstand eines besonderen Rechtes sein kann, sondern von dem von Grund und Boden stattfindenden Rechtsverhältnis notwendig mit ergriffen wird."[8]) Superfizies[9]) solo cedit. Eigentümer des Hauses wurde also der Grundeigentümer, auch wenn das Haus mit den Materialien des Superficiars erbaut worden war. Dieser bleibt aber Eigentümer der Materialien, sein Eigentum ruht nur und lebt beim Abbruch des Hauses wieder auf.

---

[1]) Oder auf Zeit (z. B. 99 Jahre), Sohm, Inst. S. 455.

[2]) Dernburg, Pand. S. 471.

[3]) Sohm. Inst. S. 455; Dernburg, Pand. S. 468 f.

[4]) Dernburg, Pand. S. 473 und N. 11.

[5]) Windscheid, S. 1120 und N. 7, S. 1145 u. N. 3.

[6]) Dernburg, Pand. S. 471 dafür; Windscheid, S. 1121, N. 11 dagegen.

[7]) Windscheid, S. 1121; Dernburg, Pand. S. 473.

[8]) Windscheid, S. 1119 f.

[9]) d. h. hier das Bauwerk, nicht das Recht.

3. Das deutsche Recht.

Das deutsche Recht kannte in der älteren Zeit ein der Superfizies ähnliches Institut jedenfalls nicht. Wer aus eigenem Material auf fremdem Boden ein Gebäude errichtet hatte, war Eigentümer des Gebäudes, während dem anderen das Eigentum am Boden verbleibt.[1]) Dies erklärt sich aus der Bauart und dem Baustoff der deutschen Häuser; sie waren fast sämtlich aus Holz und mit dem Erdboden nicht fest verbunden. Sie konnten daher auch leicht transportiert werden. So gelten sie als bewegliche Sachen, an denen das Eigentum des Erbauers bestehen bleiben konnte.[2])

Bisweilen herrschte sogar das gerade Gegenteil des Satzes: superficies solo cedit, im deutschen Rechte: solum superficiei cedit. Unter gewissen Voraussetzungen erhielt also der Erbauer eines Hauses den fremden Boden als Eigentum. Solche Bestimmungen finden sich z. B. noch in schweizerischen Gesetzen, im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch und im preußischen ALR. So bestimmt dessen § 332, I 9:

„Hat der Eigentümer des Grund und Bodens um den Bau gewußt und nicht sogleich, als er davon Nachricht erhalten, der Fortsetzung desselben auf eine solche Art, daß es zur Wissenschaft des Bauenden gelangt ist, widersprochen, so muß er mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden sich begnügen.“[3])

Die Bauten auf fremdem Grund und Boden beruhten in älterer Zeit teils auf tatsächlichen Verhältnissen, teils auf Vertrag (Tausch, Kauf, Schenkung). Später kam die Bodenleihe auf, auch melioratio genannt, weil die Errichtung des Gebäudes die „Besserung“ des Bodens war. Das kraft Leihrecht errichtete Gebäude wird Eigentum des

---

[1]) Wolff, S. 9f., 14; Meyer, S. 278; Pesl, S. 14f.

[2]) Wolff, S. 11f.; Pesl, S. 15.

[3]) Siehe hierzu Pesl, S. 15f.

Leihers. Man nannte diese Leihe Gründer- oder Hausleihe oder, da die Bauenden einen Zins zahlen mußten, Zinseigen. Diese Leihe entspricht, wie Pesl bemerkt, im allgemeinen unserem Erbbaurecht.[1])

Eine eingehende Darstellung der Leihe und ihrer Arten gehört nicht hierher, es sei nur bemerkt, daß die deutsche Bodenleihe zur Zeit der Rezeption kaum noch bestand, sodaß die römische Superfizies leicht Aufnahme finden konnte.[2]) Änderungen hat sie im Gemeinen Rechte kaum erfahren, nur war der Bodenzins hier jedenfalls nicht wesentlich.[3])

Das BGB. endlich enthält deutsche Rechtsgedanken, die vornehmlich im ALR erhalten geblieben,[4]) und römische Rechtsgedanken. So ist der deutsche Rechtsgedanke der Trennung des Eigentums am Hause und am Grundstück im § 95 des Allgemeinen Teils von neuem und wohl für lange Zeiten niedergelegt.[5]) Das Erbbaurecht selbst ist im Sachenrecht in den §§ 1012—1017 behandelt.

Zweites Kapitel.

Geltendes Recht.

Je nachdem die nachstehenden Fragen für eine Erörterung des Erbbaurechts überhaupt oder des Erbbaurechts als Mittel zur Lösung des Kleinwohnungsproblems in Betracht kommen, scheiden wir sie in allgemeine und in besondere Fragen. Der Übersichtlichkeit halber aber ge-

---

[1]) Pesl, S. 22; s. aber auch Wittmaack, S. 10 Nr. 2 nach Rietschel.

[2]) Näheres über die Bodenleihe Wolff, S. 14 f.; Pesl, S. 20 f.; Haeusler, S. 174 f., u. a.

[3]) Siehe auch die von Tripeloury, S. 9 N. 14 zitierte RGE. Bd. 7 S. 145.

[4]) Siehe oben u. ALR. §§ 243 f. I. 22.

[5]) Über diesen Paragraphen s. Meyer S. 271 f.; 274 f.; 291 und unten.

statte man uns, den § 1012 BGB. den Grundpfeiler des Erbbaurechts, hier wörtlich wiederzugeben:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht)."

I. Allgemeine Fragen.

1. Das veräußerliche und vererbliche Recht.[1])

Die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit sind wesentlich,[2]) können also durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden.

Ob eine Einschränkung der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit stattfinden kann, könnte danach ebenfalls zweifelhaft erscheinen. Allein wenn man sich erinnert, daß der als überflüssig gestrichene Satz des Entwurfs I § 961 Abs. 3 „die Veräußerlichkeit sowie die Vererblichkeit . . . kann nicht ausgeschlossen werden" eben nur die Ausschließung, nicht die Einschränkung untersagte, so wird man die Einschränkung für zulässig erklären können. Solche Einschränkung würde dann dahin gehen, daß die Veräußerung nur an einen bestimmten Personenkreis, die Vererbung nur an bestimmte — etwa gesetzliche — Verwandte zu geschehen habe.[3])

Durch eben diese Veräußerlichkeit und Vererblichkeit unterscheidet sich das Erbbaurecht „scharf" von den persönlichen Dienstbarkeiten. Nicht nur von den beschränkt persönlichen, wie Tripeloury will,[4]) sondern von allen, auch

---

[1]) Siehe dazu vornehmlich das grundlegende Werk von Wittmaack S. 38 f.; Mot. S. 471.

[2]) v. Staudinger, S. 527.

[3]) Wittmaack, S. 44 f.; Tripeloury, S. 23. A. M. Kohn, S. 14, nach dem das Recht unbeschränkt und unbeschränkbar veräußerlich und vererblich ist.

[4]) Tripeloury, S. 22.

von dem Nießbrauch. Tripeloury verwischt diesen Gegensatz augenscheinlich in der Absicht, eine unserer Frage günstige Parallele zwischen Erbbaurecht und Nießbrauch ziehen zu können.[1]) So spricht denn auch Oberneck, auf den sich Tripeloury bezieht,[2]) gar nicht von den beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten, sondern von den Dienstbarheiten des BGB. schlechthin.[3])

Eine bloß obligatorische Verpflichtung des Erbbauberechtigten, nicht zu veräußern, wird übrigens wohl allgemein für zulässig erklärt.[4])

2. Bauwerk.[5])

Die wirtschaftliche Benutzung des Grundstücks als Baugrund ist wesentlich.[6]) Ausgeschlossen ist danach die „Pflanzungs-Superfizies".[7]) Wenn sich freilich das Erbbaurecht auf unbebaute, „der Benutzung des Bauwerks dienende Flächen" erstreckt, dann kann es sich auch auf Pflanzungen auf jenen Flächen (Gärten) beziehen.[8])

Sehr bestritten ist, was man unter „Bauwerk" zu verstehen habe. Für unsere Frage ist dies aber ohne Belang, da Gebäude — und nur um diese handelt es sich bei der Kleinwohnungsfrage — natürlich Bauwerke sind.[9])

Im übrigen wird man[10]) drei Ansichten unterscheiden können. Die eine will das Wort „Bauwerk" im Anschluß

---

[1]) Tripeloury, S. 46.
[2]) Tripeloury, S. 22, N. 29.
[3]) Oberneck, S. 608. Näheres hierüber siehe **unten**.
[4]) Oberneck, S. 608; v. Staudinger, S. 527; Fuchs, S. 264 u. a.
[5]) Wittmaack, S. 19 f.; Mot. S. 470.
[6]) v. Staudinger, S. 525.
[7]) Oberneck, S. 608.
[8]) Oberneck, S. 609; v. Staudinger, S. 526.
[9]) Ebenso Tripeloury, S. 17 f.
[10]) Vgl, Tripeloury, S. 17.

an die historische Entwicklung ausgelegt wissen.[1]) Nach einer anderen Ansicht fallen auch Rohr- und Geleisanlagen hierunter, wenn sie mit dem Boden durch bauliche Vorrichtungen verbunden sind.[2]) Eine dritte Ansicht rechnet endlich sogar Telegraphenleitungen hierher, sowie Brücken, die nur den Luftraum des Grundstücks durchschneiden.[3])

3. „Haben".[4])

Nach Fuchs kann hier nur an ein Bauwerk gedacht werden, das dem Bodeneigentümer nicht gehört; „denn wenn auch das Bauwerk dem Bodeneigentümer gehört, so handelt es sich für den Erbbauberechtigten nicht um das ‚Haben' eines Bauwerks auf fremdem Boden, sondern allenfalls um die ‚Benutzung' eines fremden Bauwerks, und fremden Bodens".[5])

Diese Deduktionen sind aber doch wohl als verfehlt zu bezeichnen. Einmal ist schon das Wort „allenfalls" hier am unrechten Platze; denn will man sich auch zu jener Interpretation des Wortes „haben" bekennen, so handelt es sich nicht „allenfalls" sondern „jedenfalls" um die Benutzung. Sodann ist aber nicht ersichtlich, weshalb das Wort „haben" nur im Sinne von „zu Eigentum haben" gebraucht werden müsse. Es ist dies Wort u. E. vielmehr so farblos und vieldeutig,[6]) daß es in verschiedenstem Sinne verstanden werden kann. Wir können daher nicht einmal Wittmaack recht geben, wenn er meint, daß wohl Zweifel entstehen könnten.[7]) Übrigens ist Wittmaack auch nicht

---

[1]) Wittmaack, S. 19; v. Staudinger, S. 525, u. a.

[2]) Oberneck, S. 608, und die dort, N. 13, zitierte Kammergerichtsentscheidung.

[3]) Planck, S. 349; Fuchs, S. 265; Biermann, S. 219, u. a.

[4]) Wittmaack, S. 16; Mot. S. 468, 473.

[5]) Fuchs, S. 265.

[6]) Vgl. Heine, Deutsches Wörterbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 1906, S. 3f.

[7]) Wittmaak, S. 16.

der Ansicht von Fuchs.[1]) Auch dürfte wohl sonst niemand dieser Ansicht sein, und Oertmann mit Recht behaupten, daß dieser „Fuchs'schen Lehre schwerlich die Zukunft gehören werde.[2])

Es kann also nicht nur der Erbbauberechtigte, sondern auch der Grundeigentümer das Bauwerk errichten, Gegenstand des Erbbaurechts also auch ein zur Zeit der Begründung schon bestehendes Bauwerk sein.[3])

4. Die rechtliche Stellung des Bauwerks.

Wie wir soeben gesehen haben, kann das Bauwerk entweder von dem Erbbauberechtigten oder von dem Grundeigentümer aufgeführt werden. Daß der letztere Fall, wie so oft behauptet wird, in der Praxis kaum vorkommen sollte, erscheint uns doch zweifelhaft. Der Grundeigentümer wird vielmehr oft durch eigene Errichtung gerade von Kleinwohnungshäusern sein Grundstück eher und besser verwerten können, sich auch mancherlei Scherereien ersparen, die z. B. dann unvermeidlich sind, wenn der Erbbauberechtige der Abrede zuwiderlaufende Häuser baut.[4])

Baut nun der Grundeigentümer, so wird das Bauwerk Bestandteil des Grund und Bodens und sein Eigentum, BGB. §§ 93, 94.

Baut der Erbbauberechtigte, so ist das Bauwerk in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden, nicht Bestandteil des Grundstücks geworden und so sein Eigentum, BGB. § 95.

Dies selbständige Bauwerk ist eine „Sache"; es fragt sich nur, was für eine? Eine unbewegliche oder eine bewegliche?

---

[1]) Wittmack, S. 16 und N. 2; ebenso Tripeloury, S. 18; Favreau, S. 4; siehe auch Kretschmar, S. 439.

[2]) Oertmann, S. 186, der geschichtliche Gründe gegen Fuchs anführt.

[3]) Oertmann, S. 185; v. Staudinger, S. 527; Planck, S. 349, u. a.

[4]) Siehe unten.

Das Reichsgericht hat auf diese Frage folgende Antwort gegeben:

„Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet alle Sachen in bewegliche und unbewegliche. Unbeweglich sind ihm nur die Grundstücke und die mit diesen verbundenen Bestandteile. Alle sonstigen Sachen sind beweglich. Eine Sonderbestimmung für die mit dem Grund und Boden verbundenen Nichtbestandteile desselben ist in dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht enthalten. Daraus folgt, das die mit einem Grundstück nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbundenen Gebäude als bewegliche Sachen anzusehen sind; ein Drittes gibt es nicht."[1])

Die weitere Folge muß dann sein, daß auch die von dem Berechtigten in Ausübung eines Rechtes an einem Grundstücke mit dem Grund und Boden verbundenen Sachen bewegliche sind.

Gegen diese Deduktionen wendet sich Meyer mit folgenden scharfen Worten:

„. . . wenn wir näher betrachten, was für Sachen im einzelnen zu diesen juristisch beweglichen, tatsächlich unbeweglichen gehören können — Häuser, Eisenbahnoberbauten, Brunnenschächte, Tunnel — dann sträubt sich bei jedem, der nicht ganz in juristischem Formalismus erstarrt ist, das Rechtsgefühl gegen eine solche Einordnung.[2]")

In der Tat müssen jene Folgerungen des Reichsgerichts größte Bedenken hervorrufen — gibt es doch eben zweifellos Sachen, die physisch unbeweglich und doch keine Grundstücke sind. In sehr treffender Weise führt demgegenüber Meyer aus, daß aus dem Gesetz mit Sicherheit nur folge, daß es Grundstücke und bewegliche Sachen gebe, nicht

---

[1]) RGE. Bd. 55, S. 284. Herrschende Ansicht, s. z. B. Dernburg, Sachenr., S. 13 f.; Kipp, S. 699; Goldmann-Lilienthal, S. 120 f.

[2]) Meyer, S. 271 f.

aber, daß es nur diese beiden Arten von Sachen gebe. Der Begriff bewegliche Sachen setze notwendigerweise den Begriff der unbeweglichen voraus, dieser aber sei bei dem Schweigen des Gesetzes der Wissenschaft zur Bestimmung überlassen. „Aller Wahrscheinlichkeit nach hat die Kommission an die besondere Art von Sachen, mit denen wir uns hier beschäftigen, nicht gedacht.“[1]) „Das Gesetzbuch“, sagt auch Gierke, „hat einfach vergessen, ihre Rechtsstellung zu bestimmen. Hieraus folgt aber nicht, daß sie, weil sie keine Grundstücke sind, bewegliche Sachen sein müssen.“[2])

Meyers Anschauungen wurzeln in deutschrechtlichen Auschauungen, von denen, wie wir schon gesagt, auch das Bürgerliche Gesetzbuch durchsetzt ist.[3]) Von diesem Standpunkt aus formuliert dann Meyer folgende, u. E. das Rechtsgefühl wie auch die Rechtslogik befriedigende Sätze:

Zur Feststellung der Unbeweglichkeit der Sachen ist zu untersuchen ob sie, „so, wie sie in ihrer Verbindung mit dem Boden für sich selbst eine wirtschaftliche Einheit, ein Sachganzes, bilden, unbeschadet dieses ihres Wesens von der Stelle gebracht werden können“.[4])

Und ferner, hinsichtlich der Anwendung der Liegenschaftsrechtssätze:

„Grundsätzlich sind die Normen des Grundstücksrechts analog auf unsere Sachen, soweit sie unbewegliche sind, anzuwenden; soweit sie aber von dem formellen Grundbuchrecht unzertrennlich sind, sind diese Vorschriften unanwendbar. Wir haben daher, da außer den Grundstücksnormen nur solche für bewegliche Sachen gegeben sind, insoweit die Mobiliarrechtssätze analog auf die

---

[1]) Meyer, S. 272, 273.
[2]) Gierke, S. 11 N. 27.
[3]) Vgl. dazu Meyer, S. 276, 288; Tripeloury, S. 21.
[4]) Meyer, S. 292.

nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks zu erstrecken“.[1])

Mit dieser kurzen Wiedergabe müssen wir diese hochinteressante Frage hier abschließen.

Das Bauwerk muß in Ausübung des Erbbaurechts vom Erbbauberechtigten mit dem Grundstück verbunden sein, wenn es sein Eigentum werden soll. Ist nun ein gegen den Erbbauvertrag aufgeführtes Bauwerk — es sollte etwa ein zweistöckiges Haus erbaut werden, es ist aber ein fünfstöckiges erbaut worden — „in Ausübung eines Rechts an dem Grundstück mit dem Grundstücke verbunden“ und demnach Eigentum des Erbbauberechtigten, oder ist es, da etwa jene Voraussetzung fehlt, Bestandteil des Grundstücks und demnach Eigentum des Grundherrn? Oder kann es nach dem Vertrag entsprechenden Änderungen aus dem Eigentum des Grundherrn in das Eigentum des Erbbauberechtigten übergehen?

Wenn man diese und die sonstigen bei Wittmaack[2]) erwähnten Möglichkeiten bedenkt, so wird man zu der Überzeugung kommen, daß die Eigentumsverhältnisse nur dann eine sichere und vernunftgemäße Regelung erfahren können, wenn man dem Erbbauberechtigten unter allen Umständen das Eigentum an dem Bauwerke zuspricht. „Man muß den Erbbauvertrag so auffassen,“ sagt Wittmaack, „daß der Erbauer ermächtigt wird, auf dem übergebenen Grund und Boden ein Gebäude unbedingt zu seinem Eigentum aufzuführen, jedoch mit Vorbehalt des Rechts des Grundeigentümers, daß das dem Erbbauer eigentümlich gehörende Gebäude so gestaltet und einge-

---

[1]) Meyer, S. 295; Gierke, S. 10 f.; Tripeloury, S. 20 f.; Oertmann, S. 189; ebenso, nach Meyer, S. 293 N. 1, besonders Albrecht, Die rechtliche Behandlung der Sachen des § 95 BGB., Rostocker Dissertation, 1902. Falsch also Tripeloury, S. 20 N. 20.

[2]) Wittmaack, S. 73 f.

richtet werde, wie es im Erbbauvertrage vorgeschrieben ist."[1])

5. Die rechtliche Stellung der Materialien des Bauwerks.

Verfällt das Bauwerk, oder wird es abgebrochen, so bleiben die Materialien, falls es der Grundeigentümer errichtet hat, auch dessen Eigentum. Das scheint jetzt die allgemeine Meinung zu sein.

Dernburg war — nach Wittmaack[2]) — in der 2. Auflage seines Sachenrechts anderer Ansicht. Er glaubte, aus dem „Wesen des Verhältnisses" folgern zu müssen, daß der Superfiziar Eigentümer des Materials werde. Diese Ansicht ist aber von Wittmaack eingehend als unrichtig nachgewiesen worden, auch hat sie Dernburg in der 3. Auflage nicht mehr aufrecht erhalten. Er sagt: Geschah „die Errichtung des Baues durch den Grundeigentümer, dann ist dieser der Eigentümer des in seinem Grundstücke verbauten geblieben. Er kann aber an dessen Wegnahme durch den Erbbauberechtigten gehindert werden, da hierdurch dessen dingliches Recht beeinträchtigt und dessen Besitz gestört würde".[3]) Damit stellt sich Dernburg aber auf den Standpunkt der herrschenden Meinung und der Motive, die sagen: „Selbstverständlich erscheint, daß bei Zerfall des dem Eigentümer des Grundstücks gehörigen Gebäude das mobilisierte Material dem fortbestehenden dinglichen Rechte des Superfiziars nicht entzogen wird".[4])

---

[1]) Wittmaack, S. 75 f.; Tripeloury, S. 20.

[2]) Wittmaack, S. 79 f. Der in der Note 1 daselbst zitierte § 262 dürfte auf einen Druckfehler zurückzuführen sein, da in der 3. Aufl. § 162 unsere Frage behandelt. Tripeloury, S. 19, N. 15, hat die falsche Notiz ohne weiteres übernommen und verweist außerdem noch auf die 4. Aufl., obwohl Dernburg schon in der 3. Aufl. seine Auffassung geändert hat. — Wir haben übrigens leider nur die 3. Aufl. erhalten können. Ebenso ungenau zitiert Favreau, S. 7, N. 2.

[3]) Dernburg, Sachenr. S. 489 Abs. 10.

[4]) Mot., S. 473.

Danach darf der Erbbauberechtigte z. B. mit den Materialien des Grundeigentümers ein neues Bauwerk errichten.[1]) Hat der Erbbauberechtigte den Bau errichtet, so bleiben die Materialien natürlich sein Eigentum.

6. Die Doppelnatur des Erbbaurechts.

Neben den § 1012, der das Erbbaurecht als eine „Belastung“ eines Grundstücks charakterisiert, tritt § 1017, wonach für das Erbbaurecht „die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten“. Daraus ergibt sich die vielerörterte Doppelnatur des Erbbaurechts.

Der wichtigste Punkt ist die Frage: wann ist das Erbbaurecht dingliche Belastung, wann ist es grundstücksgleiches Recht?

Diese Frage wird in der Wissenschaft stets im Einzelfalle und sehr verschieden beantwortet, doch hat Tripeloury einen u. E. recht treffenden Grundsatz aufgestellt, der in jedem einzelnen Falle einen zuverlässigen Wegweiser bilden dürfte.

Wir müssen jedoch hierzu bemerken, daß dieser Grundsatz, was Tripeloury nicht einräumen mag, in den Ausführungen von Fuchs[2]) enthalten ist. Tripeloury hat aber freilich das Verdienst, den Grundsatz herausgeschält zu haben.

Das Grundstück erscheint Tripeloury im Gegensatz zur dinglichen Belastung als etwas Selbständiges, Unabhängiges, die dingliche Belastung aber als etwas Unselbständiges, durch das Grundstück Bedingtes. Das Erbbaurecht ist daher nur da einem Grundstück gleichzustellen, wo es verselbständigt ist. Dies ist aber nur da der Fall, wo weder die zwischen ihm und dem belasteten Grundstück bestehenden rechtlichen Beziehungen durch ein Rechts-

---

[1]) Wittmaack, S. 79.

[2]) Vgl. die im Text wiedergegebene Stelle Fuchs, S. 264, 273 u. 12.

geschäft berührt noch welche geknüpft werden. Nur da also, meint Tripeloury, wo der Erbbauberechtigte nicht dem Grundstückseigentümer als solchem, sondern einem Dritten gegenübertritt, nur da erscheint das Erbbaurecht als verselbständigt, unabhängig, und nur da können deshalb die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden.[1])

Ohne uns auf eine Kritik dieser Darlegungen einzulassen, heben wir als richtig hervor, daß das Erbbaurecht als Belastung erscheint, wenn das Verhältnis des Erbbauberechtigten zu dem Grundstückseigentümer als solchem in Frage steht, daß es als grundstücksgleiches Recht erscheint, wenn nur das Verhältnis des Erbbauberechtigten zu Dritten in Frage steht.

In diesem Sinne verstehen wir auch die folgenden, allerdings erst durch das Beispiel geklärten Ausführungen von Fuchs. Es ist daran festzuhalten, sagt er, daß das „Erbbaurecht seinem Begriffe nach immer eine Belastung ist, daß die Gleichstellung mit dem Grundstück eine positivrechtliche Satzung ist, und daß diese zurücktreten muß, wo der Begriff im Wege steht, daß also z. B. die Gleichstellung des Erbbaurechts mit dem Grundstück nicht dazu führen kann, der einseitigen Aufhebung des Rechts die Wirkung der Herrenlosigkeit und somit der Aneignungsmöglichkeit seitens des Fiskus beizulegen; vielmehr konsolidiert das aufgegebene Erbbaurecht, wie jede andere Belastung, mit dem Eigentum."[2])

Daß die Aufhebung des Erbbaurechts von seiten des Erbbauberechtigten das Verhältnis zwischen ihm und dem Grundeigentümer berührt, ist aber zweifellos. Es tritt hier also der Charakter als „Belastung" hervor, sodaß die Vorschriften über Grundstücke nicht angewendet werden können.[3])

---

[1]) Tripeloury, S. 15.

[2]) Fuchs, S. 264.

[3]) Siehe auch unten.

Wenn aber das Erbbaurecht im einzelnen Falle als Grundstück zu behandeln ist, so passen doch nicht und können daher nicht angewandt werden solche Vorschriften über Grundstücke, die mit ihrer natürlichen Beschaffenheit in engem Zusammenhang stehen,[1]) z. B. Weidegerechtigkeiten u. a. m.

Mit diesen Ausführungen müssen wir die Erörterung der allgemeinen Fragen beenden. Wir gehen daher zu der Erörterung der besonderen Fragen über.

II. Besondere Fragen.

Wiederholt und mit Recht wird darauf hingewiesen, daß nur die gewisse Aussicht auf den schon erwähnten Wertzuwachs wie auf die Durchsetzung der Ansprüche gegen den Erbbauberechtigten den Grundeigentümer von der Spekulation und dem Verkauf zurückhalten und für das Erbbaurecht interessieren wird. Für Private gilt dies wohl zweifellos; doch auch Gemeinden werden den Wertzuwachs kaum, die Durchführung ihrer Ansprüche aber gewiß nie entbehren können. Es wird daher betont, daß das Erbbaurecht einer zeitlichen Beschränkung, die Ansprüche einer dinglichen Sicherung unterworfen werden müßten; andernfalls würde der Wertzuwachs nie dem Grundeigentümer zufallen, die Ansprüche aber würden nur obligatorisch, also nicht ausreichend gesichert sein.

Aber nicht nur um die hinlängliche Sicherung des Grundeigentümers, auch die hinlängliche Sicherung des Erbbaurechts-Hypothekengläubigers ist zu bedenken. Eine Grundstückshypothek erfaßt nicht nur das Grundstück, sondern auch — als wesentlichen Bestandteil nach BGB. § 94 — das daraufstehende Gebäude. Erfaßt nun die Erbbaurechtshypothek auch das Erbbaugebäude? Dies könnte

---

[1]) Wittmaack, S. 14; Fuchs, S. 273; Tripeloury, S. 16.

nur dann der Fall sein, wenn das Erbbaugebäude mit dem Erbbaurecht in einem ähnlichen rechtlichen Zusammenhang stünde wie ein Gebäude mit seinem Grundstücke.

Demgemäß teilt sich unsere Untersuchung in zwei weitere Abteilungen. Die erste von ihnen behandelt die Sicherung des Grundstückseigentümers, die andere die Sicherung des Erbbaurechts-Hypothekengläubigers.

1. Genügende Sicherung für den Grundstückseigentümer?

Die folgenden drei Mittel, die Ansprüche des Grundstückseigentümers durch Verdinglichung zu sichern — die Bedingung, die Sicherung durch Vormerkung, die Sicherungshypothek bei der Vertragsstrafe — sind mehrfach und besonders eingehend von Tripeloury in ihren Vorzügen und Nachteilen behandelt worden. Wenn wir ihm hier daher auch im großen und ganzen folgen müssen, so werden wir doch genug Veranlassung haben, seine Ergebnisse zu bekämpfen. Glaubt doch auch er, daß das geltende Erbbaurecht im allgemeinen zur Lösung der Kleinwohnungsfrage brauchbar sei oder brauchbar gemacht werden müsse. Er steht daher auf demselben idealen Standpunkt wie Sohm, der einmal sagt: „Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs muß so ausgelegt werden, daß das Erbbaurecht zu leben vermag. Das Erbbaurecht soll nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sein. So sollen nach dem Willen des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch die Rechtssätze sein, welche das Dasein des Erbbaurechts bedingen.“[1]) Gewiß! Aber trotzdem müssen wir an unsere Worte in der Einleitung und vornehmlich daran erinnern, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Erbbaurecht zwar hat leben, wohl aber nicht in der von den Bodenreformern jetzt gewünschten Gestalt hat leben sollen.

---

[1]) Sohm, im Jahrb., S. 242.

a) Befristung und Bedingung.

Wie sich schon aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, gehört, streng genommen, die Erörterung der Möglichkeit der Befristung nicht hierher; denn die Befristung sichert dem Grundstückseigentümer den Wertzuwachs nicht, jedenfalls „sichert" sie ihn nicht im technischen Sinne dieses Wortes, sondern sie bildet überhaupt erst die Voraussetzung dafür, daß ihm der Wertzuwachs zufließt. Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden wir hier aber Befristung und Bedingung zusammen behandeln.

Die herrschende — oder, da unseres Wissens nur Wittmaack anderer Ansicht ist, die allgemeine — Meinung erklärt die Befristung und Bedingung für statthaft. Nur in zwei Punkten tritt hier ein Zwiespalt zutage.

So will Oberneck den Befristungen[1]) eine Mindestgrenze setzen,[2]) und zwar mit der Begründung, daß der festgesetzte Endtermin im Begriffe des Erbbaurechts als eines vererblichen und veräußerlichen Rechts widersprechen könnte. Bei einer physischen Person setzt er einen Zeitraum von 50—80 Jahren fest, da bei geringerem Zeitraum die Vererblichkeit des Rechts zweifelhaft sein könnte. Bei juristischen Personen, wo die Vererblichkeit begrifflich ausgeschlossen sei, genüge ein Zeitraum von 30 Jahren.[3])

Sehen wir ganz davon ab, daß ja jeder Erbbauberechtigte sein Recht sogleich weiter veräußern und kein Erbbauberechtigter wissen kann, wie früh oder spät sich sein Recht vererben dürfte,[4]) so bleibt doch zu bemerken, daß das Gesetz für etwaige Grenzen keinerlei Anhalt bietet,[5])

---

[1]) d. h. den auflösenden; die suspensiven kommen praktisch kaum in Frage. Dasselbe gilt übrigens auch von den Bedingungen.

[2]) Vgl. auch die Kammergerichtsentscheidung bei Oberneck S. 610, Nr. 22a.

[3]) Vgl. Oberneck, S. 610.

[4]) Vgl. Kohn, S. 52; Tripeloury, S. 32.

[5]) Vgl. auch Mot., S. 467f.

und daß die Hinzufügung der Befristung mit dem Erfordernisse der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit keineswegs in Widerstreit steht, da auch andere vererbliche und veräußerliche Rechte, wie die Hypothek, die Grundschuld, die Reallast, befristet werden können.[1]) Ein Erbbaurecht, das jedoch auf die Lebensfrist des Berechtigten bestellt wird, schließt dagegen die erforderliche Vererblichkeit aus und ist daher sachlich kein Erbbaurecht, sondern eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit.[2])

Letzteres ist natürlich auch dann der Fall, wenn — was ja im Ergebnis dasselbe ist — die Bedingung gestellt ist, daß das Erbbaurecht mit dem Tode des Erbbauberechtigten erlöschen solle.[3]) Ist die Bedingung gestellt, daß das Erbbaurecht bei einer etwaigen Veräußerung seitens des Erbbauberechtigten erlöschen solle, so ist ebenfalls das gleiche anzunehmen, da hier die erforderliche Veräußerlichkeit ausgeschlossen wird.[4])

Der zweite Punkt ist, daß ein Teil der Schriftsteller die Bedingung und Befristung sowohl bei der Bestellung, als auch bei der Übertragung des Erbbaurechts für zulässig hält,[5]) ein anderer überwiegender Teil dagegen nur bei der Bestellung.[6])

---

[1]) Planck, S. 348; Kohn, S. 52; Biermann, S. 219; Fuchs, S. 264; Tripeloury, S. 32, u. a.

[2]) Kohn, S. 52; Planck, S. 348; siehe aber auch unten Wilutzky. Unrichtig daher Tripeloury, S. 32, der jede (resolutive) Befristung für zulässig erklärt und überdies mit seinen gleich darauf folgenden Ausführungen über die Bedingung in Widerspruch gerät.

[3]) Tripeloury, ebenda.

[4]) Siehe außer Kohn und Planck noch Wittmaack, S. 42; Biermann, S. 219; v. Staudinger, S. 527; Erman, S. 14; Tripeloury, S. 32 f.; Wilutzky, S. 538, der solche Bedingungen als in fraudem legis für nichtig erklärt. A. M. die bei Planck, S. 348, zitierten Schriftsteller (Neumann, Lehmann, Dernburg).

[5]) Fuchs, S. 268; v. Staudinger, S. 530.

[6]) Planck, S. 352, 356; Sohm, i. Jahrb. S. 242 f.; Biermann, S. 221 f.; Erman, S. 11 f., u. a.

Für die erstere Ansicht wird angeführt, daß für die Unterscheidung zwischen Bestellung und Übertragung die Gesetzesmaterialien keine Handgabe böten, auch keine inneren Gründe vorhanden seien.

Für die letztere Ansicht, also für jene Unterscheidung, wird auf die §§ 1015, 925 Abs. 1 bezw. 2 und 1017 verwiesen. Da nämlich, führt man aus, § 1015, der von der „Bestellung des Erbbaurechts“ handelt, wörtlich mit § 925 Abs. 1 übereinstimmt — wonach „die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und Erwerbers (Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß“ —, aber keine dem § 925 Abs. 2 entsprechende Bestimmung enthält — wonach „eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist“ —, so ist die Befristung und Bedingung bei der Bestellung zulässig. Da im übrigen aber — soweit es sich eben nicht um die Bestellung handelt, nach § 1017 Abs. 2 die Vorschriften „über den Erwerb des Eigentums“ an Grundstücken schlechthin, also auch § 925 Abs. 2, gelten, so ist bei einer Übertragung des Erbbaurechts eine Befristung oder Bedingung unstatthaft.

Da man nach dem fertigen Gesetz und nicht nach seinen Materialien zu entscheiden hat, so ist diese Deduktion u. E. am überzeugendsten. Auch könnte als innerer Grund vielleicht ein Interesse des Grundeigentümers an unbedingter und unbefristeter Übertragung in Betracht kommen.[1])

Nach Wittmaack freilich ist keine dieser Ansichten richtig und die Hinzufügung einer Zeitbestimmung oder Bedingung unzulässig. Einmal findet auch er keinen inneren Grund für unsere Unterscheidung; dann aber beruft er sich für seine Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des

[1]) Siehe übrigens auch unten.

Bürgerlichen Gesetzbuchs;[1]) schließlich folgert er aus § 1017, daß nicht nur eine dem § 925 Abs. 2 entsprechende Vorschrift, sondern auch der dem § 925 Abs. 1 entsprechende § 1015 entbehrlich sei.

Daß ein innerer Grund vielleicht doch denkbar wäre, haben wir schon betont; daß die Entstehungsgeschichte nicht für Wittmaacks Auffassung spricht, hat Tripeloury eingehend nachgewiesen.[2]) Auch wiederholen wir, daß das Gesetz, so wie es uns entgegentritt, auszulegen ist, ein Verwerten der Motive und des Entwurfs aber mit größter Vorsicht zu geschehen hat; und endlich ist zu bemerken, daß die Wittmaacksche Auslegung des Gesetzes recht gezwungen anmutet.

Wenn wir nur mit dem Tripelouryschen Grundsatz operieren, so ist das Ergebnis, daß wir sowohl die Ansicht Wittmacks ablehnen müssen, als die jener Schriftsteller, die die Bedingung und Befristung in beiden Fällen zulassen wollen.

Um Beziehungen zwischen dem Grundeigentümer und dem Erbbauberechtigten handelt es sich sicherlich in keinem Falle mehr, als bei der Bestellung des Erbbaurechts: das Erbbaurecht erscheint daher hier lediglich als dingliche Belastung. Der Hinzufügung einer Befristung oder Bedingung steht daher in diesem Falle nichts im Wege.[3])

Der § 1015, der für die Erbbaurechtsbestellung die Form der Grundstücksauflassung bestimmt, steht dieser unserer Ansicht nicht entgegen. Er ist als eine Ausnahmevorschrift zu betrachten, woraus sich auch erklärt, daß hier der Ausdruck „Auflassung" vom Gesetz vermieden wird.[4]) „Der Gesetzgeber", sagt Tripeloury sehr treffend, „ging eben davon aus, daß das Erbbaurecht bei seiner Bestellung als

---

[1]) Wittmaack, S. 48 f., 55 f.

[2]) Tripeloury, S. 25 f.; Mot., S. 472 f.

[3]) Vgl. Tripeloury, S. 28 f.

[4]) Sohm, i. Jahrb. S. 243.

dingliche Belastung aufzufassen sei und mußte daher, wenn er trotzdem aus praktischen Erwägungen die Form der Grundstücksauflassung wählte, hierfür eine besondere positive Gesetzesvorschrift aufstellen“.[1])

Daß praktische Gründe für diese Form aber sprachen, dürfte einleuchtend sein, wenn man die Wichtigkeit solcher Bestellung bedenkt. Kommt sie doch bei dauernder oder langfristiger Hingabe dem Verkauf des Grundstücks sehr nahe.[2])

Bei der Übertragung eines Erbbaurechts liegen die Verhältnisse jedoch anders. Hier handelt es sich nur um die Beziehungen zwischen dem einen Erbbauberechtigten und dem anderen. Als dingliche Belastung kann hier also das Recht nicht in Frage kommen, sondern nur als grundstücksgleiches Recht. Da in diesem Fall die Grundsätze über den Erwerb des Eigentums an Grundstücken Platz greifen müssen, so ist eine Bedingung oder Befristung ausgeschlossen.[3])

Nach unserer Theorie ist somit auch ein innerer Grund für die verschiedene Behandlung der Befristung und Bedingung bei der Bestellung und bei der Übertragung des Erbbaurechts gegeben.[4])

Dies Hilfsmittel, nämlich die Ansprüche des Grundeigentümers durch Hinzufügung einer Bedingung dinglich zu sichern, ist noch das beste. Zwar werden dem Grundeigentümer nicht die aus dem Erbbauvertrage direkt entspringenden Ansprüche verdinglicht. „Verdinglicht werden nur die Wirkungen, die sich an die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung dieser direkten, obligatorischen

---

[1]) Tripeloury, S. 29.

[2]) Vgl. auch die durch den Setzer verstümmelten Sätze bei Tripeloury. S. 29.

[3]) Siehe aber Planck, S. 356; Tripeloury, S. 30, N. 14.

[4]) Tripeloury, S. 30.

Bedingungen knüpfen."[1]) Zwar wird andererseits der Erbbauberechtigte bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung seiner Verpflichtungen mit einem übergroßen Nachteil, dem Verlust seines Rechts, bedroht. Allein die beiden anderen Mittel haben nicht nur diese Übelstände mit diesem Hilfsmittel gemein, sie haben auch noch andere im Gefolge.

Die größten Übelstände birgt wohl

b) Die Sicherungshypothek bei einer Vertragsstrafe.

Der Grundeigentümer kann sich für den Fall, daß der Erbbauberechtigte seine Verbindlichkeiten nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, von ihm die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprechen lassen, BGB. § 339.

Natürlich ist solche Abrede rein obligatorisch, doch kann sie nach den §§ 1184 und 1113 Abs. 2 BGB. mit dinglicher Wirkung ausgestattet werden.

§ 1184 bestimmt nämlich, daß „eine Hypothek in der Weise bestellt werden kann, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt, und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (Sicherungshypothek).

Nach § 1113 Abs. 2 „kann die Hypothek auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden."

Der Grundeigentümer kann sich daher nicht nur eine Vertragsstrafe versprechen, sondern auch für diese etwa verfallende Strafe eine Sicherungshypothek eintragen lassen, sodaß eine dingliche Wirkung erzielt wird.[2])

Der Anspruch auf die Vertragsstrafe steht aber freilich nur dem Grundstückseigentümer zu, der den Vertrag geschlossen hat. Daher geht die Sicherungshypothek nicht ohne weiteres auf den etwaigen Käufer des Grundstücks

---

[1]) Tripeloury, S. 40; siehe auch unten.

[2]) Vgl. Wittmaack S. 105 f.; Tripeloury S. 37 f.

über. Eine „stillschweigende“ Übertragung ist ausgeschlossen, denn es ist nach den §§ 1185, 1154 Abs. 3, 873 zur Abtretung der Sicherungshypothek durchaus die Eintragung ins Grundbuch notwendig. Auch § 328 BGB. führt hier nicht zum Ziel. Wenn auch eine Vereinbarung nach § 328 möglich ist, so ist doch die Bestellung einer Hypothek zugunsten eines ganz unbekannten Dritten ausgeschlossen.[1])

Die Sicherungshypothek kann also dem neuen Grundstückseigentümer von dem bisherigen nur durch besonderen Vertrag übertragen werden.

Diesen Nachteil könnte man noch hinnehmen, wenn sich sonst nennenswerte Vorteile finden ließen. Das ist aber auch nicht der Fall. Der Erbbauberechtigte[2]) wird durch die Abmachung einer Vertragsstrafe oft von dem Geschäft abgeschreckt werden, der Grundeigentümer hat aber, selbst wenn der Erbbauberechtigte auf eine Vertragsstrafe eingehen sollte, nur geringe Sicherheit, diese überhaupt oder doch in der festgesetzten Höhe zu erhalten; denn nach § 344 BGB. ist „die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam“, wenn „das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam erklärt“, nach § 343 aber besteht immerhin die Möglichkeit, daß die „verwirkte Strafe“, wenn sie dem Gericht als „unverhältnismäßig hoch“ erscheint, „auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann.“ Was aber als „angemessen“ zu bezeichnen ist, darüber dürften Grundeigentümer und Gericht oft recht auseinandergehende Meinungen haben. Daher erklärt es sich denn auch, daß solche Strafbestimmungen in die neueren Erbbauverträge nicht aufgenommen werden.[3])

---

[1]) Tripeloury S. 39.

[2]) d. h. hier der Reflektant auf das Erbbaurecht.

[3]) Wittmaack, S. 106; Tripeloury, S. 39 f.

Weniger unbefriedigend ist das Ergebnis bei der Eintragung einer

c) Vormerkung.

Der Erbbauberechtigte kann sich dem Grundstückseigentümer gegenüber verpflichten, bei irgendwelchen Vertragswidrigkeiten das Erbbaurecht löschen zu lassen. Diesen an sich natürlich nur obligatorischen Löschungsanspruch kann sich der Grundstückseigentümer durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch nach § 883 BGB. sichern lassen, da „die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig“ ist.

Die Bedingung darf freilich nicht dahin gehen, daß bei der Veräußerung des Erbbaurechts oder bei dem Tode des Erbbauberechtigten der Löschungsanspruch fällig sei, da, wie gezeigt, dies die Erfordernisse der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit illusorisch machen würde.[1])

Da dieser Grundsatz mit dem etwaigen Interesse des Grundeigentümers, das Erbbaurecht nicht in weitere Hände kommen zu lassen, als in die seines Vertragsgegners bedenklich kollidieren, so haben Wittmaack und nach ihm Tripeloury folgenden Ausweg vorgeschlagen.[2])

Es kann nämlich der Eigentümer eines Grundstücks ein an diesem bestehendes Erbaurecht erwerben; denn nach BGB. § 889 „erlischt ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht . . . erwirbt“.

Sonach kann sich der Grundeigentümer bei der Abrede einer Erbbaurechtsbestellung versprechen lassen, daß das Erbbaurecht beim Tode des Berechtigten oder bei der Veräußerung durch den Berechtigten an ihn (zurück-)über-

---

[1]) Wittmaack, S. 43; Tripeloury, S. 34.

[2]) Wittmaack, S. 44; Tripeloury, S. 35 f.

tragen werde. Dieser Anspruch an Übertragung kann nun gleichzeitig mit der Bestellung des Erbbaurechts durch die Eintragung einer Vormerkung sichergestellt werden. Wenn dadurch auch, meinen die Genannten, die Folge herbeigeführt werde, daß der erste Erbbauberechtigte das Recht nicht veräußern und vererben könne, so werde doch dem Rechte an sich nicht die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit genommen, da es der Grundeigentümer veräußern und vererben könne. Es käme also nicht darauf an, ob der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit in der Person des zeitweiligen Inhabers Hindernisse entgegenstünden.

Wenn wir auch den Scharfsinn dieser Ausführungen anerkennen und die Zweckmäßigkeit des Mittels zugeben müssen, so glauben wir darin doch jedenfalls eine Umgehung des Gesetzes zu erblicken. Vielleicht aber könnte man auch folgern: Die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Rechts ist durch die Übertragungsverpflichtung ausgeschlossen, für den ersten Erwerber ist es tatsächlich unveräußerlich und unvererblich, es ist daher auch, da dem Erbbaurecht Veräußerlichkeit und Vererblichkeit wesentlich sind, kein Erbbaurecht, was für ihn bestellt wird, (sondern eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, § 1093 BGB.) und was er zurücküberträgt ist folglich ebenfalls kein Erbbaurecht. Allein, wenn wir uns auch der gegnerischen Ansicht anschließen, so ist die Sicherung durch Vormerkung doch gewiß nicht zweckmäßiger als die Bedingung und die Befristung des Erbbaurechts.

Beiden Teilen, dem Erbbauberechtigten wie dem Grundeigentümer, gerechtwerdende Verhältnisse schaffen also diese drei Hilfsmittel sicherlich nicht.[1]) Man hat daher versucht, nicht nur die Wirkungen der Nichterfüllung der Ansprüche, sondern auch diese Ansprüche selbst zu verdinglichen.

---

[1]) Siehe oben und Tripeloury, S. 41, wo Näheres angegeben.

d) Die Ansprüche des Grundeigentümers als Belastung oder Inhalt des Erbbaurechts.

Wäre der preußische Rechtssatz übernommen, wonach jedes persönliche Recht, das sich auf ein Grundstück bezog, durch Eintragung dinglich wurde,[1]) so wäre eine Verdinglichung der Ansprüche leicht. Allein das Bürgerliche Gesetzbuch kennt diesen Rechtssatz nicht, und während es im Schuldrecht unbeschränkte Vertragsfreiheit anerkennt, „verweigert es sie im Sachenrecht, um dessen Klarheit und Verkehrssicherheit nicht zu gefährden. Es hat hier den Grundsatz der geschlossenen Zahl (numerus clausus) von wenigen typischen Rechts- und Belastungsformen.“[2])

„Nach dieser Richtung ist von großer Bedeutung die vom Gesetz nicht hinreichend klargestellte und daher mehrfach zweifelhafte Frage, was als Inhalt des Erbbaurechts, und was als bloße Belastung desselben anzusehen ist.“ [3])

Die Belastungen des Erbbaurechts als eines grundstückgleichen Rechtes sind naturgemäß die gleichen, die auch Belastungen von Grundstücken sind, also z. B. Hypothek, Grundschuld, Reallast. Ob eine Beziehung zwischen dem Grundeigentümer und dem Erbbauberechtigten zum Inhalt einer Belastung gemacht werden kann, ist daher leicht zu entscheiden. Diese typischen Belastungen sind aber hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Wirkungen vielfach bedingt und beschränkt. Könnten die gleichen Abreden als Inhalt des Erbbaurechts aufgefaßt werden, so hätten sie „direkt und ohne alle Umstände“ Geltung.[4])

So viel vorteilhafter es also wäre, die Abreden als Inhalt

---

[1]) Ermann, S. 10.

[2]) Ermann, S. 10.

[3]) Erman, S. 10f.; Wittmaack, S. 83. — Tripeloury, S. 44 N. 4 hat Erman offenbar mißverstanden.

[4]) Erman, S. 11.

aufzufassen, so viel schwerer ist es aber auch, sie als Inhalt zu konstruieren.[1])

Es ist daher nicht befremdlich, wenn die meisten Abreden in der Literatur nur als Reallasten behandelt werden.[2]) Als Inhalt werden dagegen dennoch betrachtet: Art und Umfang des Bauwerkes[3]), Bodenzinspflicht, Unterhaltungspflicht, öffentliche Lasten und Abgaben.[4])

Weit über diese Ansichten hinaus geht Tripeloury — ja, wir müssen sagen, daß er über das Ziel hinaus schießt.

Der Kern, die Grundlage seiner gesamten folgenden Deduktionen findet sich auf Seite 46 f., wo es heißt:

Nicht alle Vereinbarungen zwischen dem Grundeigentümer und dem Erbbauberechtigten könnten nun etwa als Inhalt des Erbbaurechts aufgefaßt werden. Es sei vielmehr eine Schranke zu ziehen. Diese böte der Nießbrauch. „Nießbrauch und Erbaurecht sind nahe miteinander verwandt. Beides sind eigentumsähnliche Rechte, nur daß das Erbbaurecht sich dem Eigentum noch mehr nähert als der Nießbrauch. Sicher wird man also m. E. alle Beziehungen, die gesetzlich zum Inhalte des Nießbrauchs gemacht sind, wie Erhaltungspflicht, Versicherungspflicht usw. auch als Inhalt des Erbbaurechts ansehen müssen, wenn sie im Erbbauvertrage durch Privatvereinbarung geregelt sind. Man wird aber noch darüber hinausgehen müssen, weil ja eben das Erbbaurecht im Vergleich zum Nießbrauche das umfassendere Recht ist. Wo findet sich hier die Grenze?

Man muß davon ausgehen, daß die gesetzlich geregelten Beziehungen zwischen Nießbraucher und Grundeigentümer

---

[1]) Das Gesetz regelt die Beziehungen zwischen dem Grundeigentümer und dem Erbbauberechtigten überhaupt nicht, Mot. S. 469; Oberneck, S. 611; Planck, S. 350; Kohn, S. 6; Fuchs, S. 269; Arnheim S. 135.

[2]) Erman, S. 11 f.; Oberneck, S. 611, u. a.

[3]) Auch von Erman, S. 11.

[4]) Wittmaack, S. 84 f.; wo er auch zu den Mot., S. 468 f. Stellung nimmt, Wittmaack, S. 92.

nicht wesentlicher Natur sind, sondern daß sie nur der Niederschlag dessen sind, was regelmäßig zwischen Nießbraucher und Grundeigentümer vereinbart zu werden pflegt. Das zeigt sich an ihrem dispositiven Charakter. Hieraus ist m. E. der Schluß zu ziehen, daß in gleicher Weise als Inhalt des Erbbaurechts alle die Vereinbarungen anzusehen sind, die regelmäßig zwischen Grundeigentümer und Erbbauberechtigtem getroffen zu werden pflegen. Daß sie für das Erbbaurecht wesentlich sind, ist nicht erforderlich.

Seine dingliche Wirkung erhält der Inhalt des Erbbaurechts durch die Eintragung in das Grundbuch."

Hier enthält faßt jeder Satz eine Überspannung bzw. Gewaltsamkeit — doch geschieht dies alles nur in dem Bestreben, das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Wohnungsproblem dienstbar zu machen. Man könnte fast an den vielumstrittenen Grundsatz denken, daß der Zweck die Mittel heilige.

Zunächst ist nach dem BGB. nur das Erbbaurecht ein eigentumsähnliches Recht — der Nießbrauch gehört zu den Dienstbarkeiten. Gerade die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit, deren Bedeutung Tripeloury hier[1]) in so seltsamer Weise verschiebt, ist eine starke Schranke zwischen den beiden Instituten, vgl. BGB. §§ 1059 und 1061. Andererseits ist das Erbbaurecht, wie schon gesagt, ein beschränktes Nutzungsrecht an einem fremden Grundstück (nur Verwendung eines Grundstückes und nur als Bauland), der Nießbrauch dagegen das Recht auf die gesamten Nutzungen eines fremden Vermögensgutes (beliebige Sachnutzung wie auch Rechts- und Vermögensnutzung); vgl. BGB. §§ 1030 (Ausnahme Abs. 3) f., 1068 f., 1058 f. Hinsichtlich der Unterhaltung ist endlich zu bemerken, daß beim Nießbrauch stets die fremde Sache, beim Erbbaurecht meist — nach Tripeloury sogar stets[2]) — die eigene Sache in Frage steht.

[1]) Siehe oben u. Tripeloury, S. 22.

[2]) Siehe oben u. Tripeloury, S. 19.

Nach alledem können wir eine nahe Verwandtschaft zwischen Erbbaurecht und Nießbrauch nicht anerkennen. Damit entfallen aber u. E. auch die weiteren Folgerungen Tripelourys und also auch der leitende Grundsatz. Wir können daher auch bei weitem nicht alle Abreden zum Inhalt rechnen, die Tripeloury dazu rechnet. Ja, wir können nicht einmal so weit gehen wie Wittmaack.[1])

aa) Art, Umfang und Ort des Bauwerks.

Abreden über Art und Umfang wie über den Ort des Bauwerkes werden wohl von den meisten Schriftstellern als zum Inhalt des Erbbaurechts gehörig betrachtet.[2]) Und mit Recht; denn wenn das Gesetz vom Haben „eines" Bauwerks spricht, so ist damit nicht das Haben „eines beliebigen Bauwerks an beliebiger Stelle" gemeint — das würde zu den ungeheuerlichsten Folgen führen —, sondern das Haben „eines nach Art und Umfang wie nach Ort von den Parteien zu vereinbarenden Bauwerks."

Verstößt der Erbbauberechtigte oder sein Rechtsnachfolger gegen diese Vereinbarung, so wird man je nachdem, ob Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, oder ob geringere Fahrlässigkeit vorliegt, zu entscheiden haben. Im ersten Falle muß das Gebäude umgebaut oder ganz neu erbaut bzw. an anderer Stelle erbaut werden; im zweiten Falle wird analog BGB. § 912 eine Geldrente zur Entschädigung zu zahlen sein.[3])

bb) Baupflicht.

Wenn nun auch die Bestimmung, wie und wo gebaut werde, zum Inhalt gehört, so ist dies bei der Bestimmung, daß überhaupt gebaut werde, schon fraglicher. So spricht

---

[1]) Siehe oben und weiter unten.

[2]) z. B. Ermann, S. 11; Wittmaack, S. 84, 93 f.; Kohn, S. 42; spricht jedoch nicht davon, wie Tripoloury, S. 48 N. 1, behauptet.

[3]) Wittmaack, S. 95; dazu Mot., S. 282 f.

sich z. B. Ermann dagegen aus: „. . . das Erbbaurecht hat zum Inhalt die Befugnis, nicht die Pflicht zum Bauen“.[1]) Allein es ist zu beachten, daß das Erbbaurecht das Recht ist, ein „Bauwerk“ zu haben. Das Grundstück wird dem Erbbauberechtigten nur zu Bauzwecken, als Bauland, überlassen. Man muß daher wohl auch diese Bestimmung als Inhalt behandeln.[2])

cc) Zinspflicht.

Zweifelhafter ist ferner, in welcher Weise die wichtige Zinspflicht zu verdinglichen sei.

Die herrschende Meinung, der früher auch Sohm beistimmt, erklärt sie für eine außerhalb des Inhalts des Erbbaurechts stehende Verpflichtung, welche dingliche Wirkung in der Regel nur im Wege einer auf das Erbbaurecht gelegten Reallast erlangen könne.[3])

Hiergegen hat zuerst Wittmaak Einwände erhoben und gesagt, es bleibe nichts übrig, „als die Dinglichkeit der Zinspflicht zu dem Inhalt, dem Wesen des Erbbaurechts selbst zu rechnen.“[4])

Ihm schließt sich — wenn auch etwas abweichend — Sohm an, der ausführt:

„Die Zinspflicht ist als den Inhalt des Erbaurechts mindernde Beschränkung der erbbaurechtlichen Befugnisse, nicht als Verpflichtung, die selbständig neben dem Erbbaurecht stände, anzusehen. Das dingliche Nutzungsrecht an fremder Sache kann nicht bloß kraft Gesetzes Verpflichtungen in sich tragen, (so die Verpflichtung des Grunddienstbarkeitsberechtigten zu Sorgfalt bei Ausübung seines

---

[1]) Ermann, S. 11.

[2]) A.M. auch Wittmaack, S. 92 N. 2, der nur eine persönliche Verpflichtung zur Erbauung des Gebäudes anerkennt.

[3]) Mot., S. 468; v. Staudinger, S. 527; Erman, S. 12 f.; Planck, S. 348; Oberneck, S. 611; Fuchs, S. 265; Endemann, S. 618; Dernburg Sachenr., S. 488.

[4]) Wittmaack, S. 86 f.

Rechts BGB. § 1020), sondern auch kraft seines konkreten Entstehungsgrundes. Schon das römische Recht kennt solche Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts als Minderung des Inhalts einer dinglichen Steinbruchsgerechtigkeit (D. 8, 4. 13. 1). Das gemeine Recht kannte die Pflicht zur Zahlung eines „Forstzinses“ als inhaltliche Beschränkung einer dinglichen Beholzungsgerechtigkeit. Die Erfüllung einer solchen Pflicht erscheint dann als Bedingung für die Ausübung des Rechts (non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solacium pro hoc domino praestat): bei Nichterfüllung kann der beschwerte Eigentümer aus seinem Eigentum (mit actio negatoria) auf Schadenersatz, d. h. auf Leistung klagen. Ganz geradeso wird der Inhalt des Erbbaurechts mit dinglicher Wirkung für jeden Rechtsnachfolger durch die Zinspflicht gemindert . . .: Die Rechtssätze von Reallasten finden keine Anwendung.[1])

Man wird dieser Konstruktion gewiß zustimmen können, und zwar um so mehr, als die Konstruktion der herrschenden Meinung die Bodenzinspflicht nur in einigen Bundesstaaten verdinglichen würde. Nach Art. 115 EGBGB. „bleiben“ nämlich „die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche die Belastung eines Grundstücks . . . mit Reallasten untersagen oder beschränken, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß solcher Rechte näher bestimmen“. Solche Beschränkungen finden sich z. B. in Baden, Sachsen-Weimar, Hessen, Meiningen, Schaumburg-Lippe. In allen diesen Fällen sind Reallasten entweder nur zu Unterhaltungszwecken oder nur auf die Lebensdauer einer physischen Person, nicht für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks statthaft.[2])

---

[1]) Sohm, i. Jahrbuch., S. 243 f.

[2]) Wittmaack, S. 86 f.; Tripeloury, S. 59 und die dort zitierten A. G.: von Baden, Art. 26; Sachsen-Weimar, § 148; Hessen, § 93; Meiningen, Art. 18; Schaumburg-Lippe, § 20; Bremen, 26, u. a.

Diese Sohmsche Auffassung kann auch

dd) die Pflicht zur Erhaltung und Wiederherstellung des Bauwerks[1])

verdinglichen.

Auch in ihr muß man demnach eine Minderung des Inhalts des Erbbaurechts sehen.[2])

Die herrschende Meinung, die auch hier eine Reallast annehmen will, führt hier ebenfalls zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Gehört das Bauwerk dem Grundstückseigentümer, so kann die Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Unterhaltung sicherlich als Reallast bezeichnet werden, BGB. §§ 1021, 1105ff.; denn § 1105 bestimmt nicht, daß die Reallasten „in regelmäßig wiederkehrenden oder in gleichartigen Leistungen bestehen müssen.[3]) Gehört jedoch das Bauwerk dem Erbbauberechtigten, so ist die Unterhaltung des Gebäudes keine Leistung an den Grundeigentümer, selbst in dem Falle nicht, wo er sich die Überlassung des Gebäudes nach Beendigung des Erbbaurechts ausbedungen hat. Hier ist demnach eine Reallast unmöglich.

ee) Lasten und Abgaben.

In der gleichen Weise wäre dann u. E. auch die Pflicht zur Tragung der öffentlichen Lasten und Abgaben zu begründen. Diese Pflicht ist sonach gleichfalls eine Minderung des Inhalts des Erbbaurechts. Das hier die Leistungen an Dritte gehen, also nicht dem Grundstückseigentümer direkt, sondern nur indirekt zugute kommen, dürfte keinen Unterschied machen.[4])

---

[1]) Einschließlich der Bezahlung der Versicherungsprämien, Wittmaack, S. 89.

[2]) Sohm, im Jahrb. S. 244.

[3]) Wittmaack, S. 89, und N. 1.

[4]) Vgl. Tripeloury, S. 55.

Oberneck erinnert übrigens noch an die Möglichkeit, daß die Pflicht zur Tragung der öffentlichen Lasten im Erbbauvertrage vielleicht nicht geregelt sei? Wie ist hier zu entscheiden?

Man wird sagen müssen, daß die auf dem Bauwerke ruhenden Lasten, z. B. die Gebäudesteuer, der Erbbauberechtigte zu tragen hat. Die auf dem Grundstück ruhenden Lasten wird er aber dann gleichfalls zu tragen haben, wenn der Raum des Grundstücks ausschließlich den Zwecken des Erbaurechts dient, anderenfalls trägt sie der Grundstückseigentümer.[1])

ff) Übertragung des Bauwerks.

Weder als Inhalt des Erbbaurechts, noch als eine dessen Inhalt mindernde Beschränkung noch als Belastung läßt sich dagegen natürlich die Vereinbarung auffassen, daß nach der Beendigung des Erbbaurechts der Erbbauberechtigte sein, d. h. das in seinem Eigentum stehende, Bauwerk in das Eigentum des Grundeigentümers gegen Entschädigung zu übertragen habe.

Hierin sind alle einig, nur Tripeloury bildet eine Ausnahme.[2]) Seine Ansicht vor der Logik zu rechtfertigen, unternimmt er allerdings nicht.

Andererseits ist seine Polemik gegen die Versuche, eine gesetzliche Übernahmepflicht des Grundeigentümers auf Verlangen des Erbbauberechtigten nach Analogie des § 996 BGB. sowie ein Übernahmerecht nach Analogie des § 997 BGB. zu konstruieren, durchaus gerechtfertigt.[3])

---

[1]) Oberneck, S. 611; Biermann, S. 220. Abweichend Planck, S. 350, und Tripeloury, S. 56; letzterer ohne es zu wissen. Beide wollen nämlich die Lasten des Bauwerks stets dessen Eigentümer, also entweder dem Erbbauberechtigten oder dem Grundstückseigentümer, auferlegen — eine den Grundstückseigentümer unbillig belastende Entscheidung.

[2]) Tripeloury, S. 54 f.

[3]) Tripeloury, S. 53 f.

Nur ist die analoge Anwendung dieser Paragraphen, soviel wie wir sehen, in der Literatur nirgends befürwortet worden. Vielmehr ist die Frage nur aufgeworfen, um sogleich verneinend beantwortet zu werden.[1])

2. Genügende Sicherheit für den Erbbaurechts-Hypothekengläubiger?

Im folgenden werden wir die zwei wichtigsten Punkte dieser Frage erörtern: nämlich den Gegenstand und die Mündelsicherheit der Erbbaurechtshypothek. Erst in zweiter Sache wichtig ist die Erörterung der Erlöschungsgründe der Erbbaurechtshypothek. Immerhin muß hier darauf hingewiesen werden. Eingehende Darstellungen dieses Punktes geben Wittmaack[2]) und Tripeloury[3]).

a) Rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Erbbaurecht und dem Erbbauhaus.

Wenn die Erbbaurechtshypothek das Erbbauhaus ergreifen soll, so muß zwischen dem Erbbaurecht und dem Erbbauhaus ein ähnlicher Zusammenhang zu finden sein wie zwischen dem Grundstück und dem Gebäude, wenn es sich um eine Grundstückshypothek handelt.

„Man ist dann auch, wenn auch mit sehr verschiedenen Druckformen, darüber einig, daß während des Bestehens des Erbbaurechts das vom Erbbauer errichtete Haus dem Hypothekar auch über seine Erbbaubenutzung hinaus haftet.“[4])

Wie aus diesem Satze schon hervorgeht, handelt es sich um drei Fragen:

---

[1]) Siehe Wittmaack, S. 63 f.; Kretzschmar, S. 446; Oberneck, S. 610; auf den Tripeloury, S. 53 N. 18, verweist, erwähnt die Paragraphen überhaupt nicht.

[2]) Wittmaack, S. 72 f., 191 f.

[3]) Tripeloury, S. 65 f.

[4]) Ermann, S. 16.

Wie liegen die Verhältnisse, erstens, wenn das Erbbauhaus vom Grundeigentümer errichtet worden, also dessen Eigentum ist, und zweitens, wenn das Erbbauhaus vom Erbbauberechtigten selbst errichtet, also dessen Eigentum ist. Drittens aber ist zu untersuchen, wie der Zusammenhang von Erbbaurecht und Erbbauhaus zu konstruieren ist.

Im ersten Falle kann die Hypothek — außer dem Erbbaurecht am Grundstück — nur das Erbbaurecht am Hause ergreifen, nicht etwa das Haus selbst; denn er kann nicht berechtigt sein, das fremde Eigentum zu verpfänden.[1]) Da sich also der Hypothekengläubiger hier nur an das meist noch zeitlich begrenzte Nutzungsrecht am Grundstück und am Hause halten kann, so ist in solchen Fällen die Sicherheit des Hypothekengläubigers nur gering.

Daß dieser Fall nicht so selten sein dürfte, haben wir schon früher betont.

Häufiger ist freilich der zweite Fall. Hier ist nun zunächst einleuchtend, daß das Haus nicht vom Erbbaurecht am Grundstück berührt werden kann, da es nicht dessen Bestandteil geworden ist, BGB. § 95. Eine Hypothek auf dem Erbbaurecht am Hause ist daher nicht denkbar. Würde „damit jede Beziehung zwischen Hypothek und Haus ausgeschaltet"[2]) sein, so würde der Erbbaurechtshypothekar in der Tat noch ungünstiger gestellt sein als im ersten Falle.

Die Wissenschaft hat sich nun — im wohlverstandenen praktischen Interesse — bemüht, nachzuweisen, daß zwar nicht das Erbbaurecht, das Nutzungsrecht am Erbbauhause, wohl aber das Erbbauhaus selbst von der Erbbaurechtshypothek erfaßt werde.

Drei Meinungen werden wir unterscheiden können, von denen die letztgenannte übrigens wieder einige Abarten aufweist.

---

[1]) Wittmaack, S. 67; Tripeloury, S. 57.

[2]) Tripeloury, S. 57 f.

Die eine Meinung, die für den ersten Augenblick etwas Bestechendes hat, zeigt sich leider bei näherer Prüfung unhaltbar. Sie hat Wittmaack aufgestellt.

„. . . für die an einem Grundstück bestellten Hypotheken haften die auf demselben befindlichen, dem Eigentümer gehörenden Gebäude. Die Anwendung dieser Regel auf das Erbbaurecht ergibt, daß für die an einem Erbbaurecht bestehenden Hypotheken auch die dem Rechte des Erbbauers unterliegenden, ihm gehörenden Gebäude haften müssen. Solches folgt aus dem § 1017. Wenn die Haft des Gebäudes für die Hypotheken an einem Grundstück nach dem BGB. darauf beruht, daß die Gebäude als wesentliche Bestandteile des Grundstücks angesehen werden, so liegt hierin nicht ein sachlicher Grund für die Haft des Gebäudes. Es handelt sich vielmehr um die Art und Weise, wie die Rechtsregeln im BGB. zum Ausdruck gebracht werden. Die hier in Frage kommende Rechtsregel ist die oben erwähnte. Das BGB. bringt sie nur in einer komplizierten Weise zum Ausdruck. Diese Ausdrucksweise kann nicht hindern, die Regel nach § 1017 auf EBG. zur Anwendung zu bringen.“ [1])

Wittmaack stellt also den rechtlichen Zusammenhang der zwei Rechtsobjekte, das Grundstück und das Gebäude, nicht unmittelbar her, sondern mittelbar, durch das Mittel der „Identität der Rechtssubjekte“, wie Tripeloury treffend sagt [2]), des Grundstückseigentümers und des Gebäudeeigentümers. In gleicher Weise begründet er dann den Zusammenhang der zwei hier in Frage kommenden Rechtsobjekte, des Erbbaurechts und des Bauwerks mittelbar, eben auch durch das Mittel der Identität der Rechtssubjekte.

Allein diese Konstruktion der Mithaftung des Bauwerks für die am Erbbaurecht bestellte Hypothek muß an der

---

[1]) Wittmaack, S. 67 f.

[2]) Tripeloury, S. 61.

Erwägung scheitern, daß ein an einer mir gehörigen Sache bestelltes Pfandrecht danach alle mir gehörigen Sachen erfassen müßte. Die zweite Sache kann vielmehr nur dann erfaßt werden, weil und wenn sie mit der ersten in unmittelbarem, rechtlichem Zusammenhange steht.[1])

Die folgende Meinung hat Wolff zum Urheber.

Wolff verweist auf § 952 BGB., der bestimmt, daß „das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine dem Gläubiger zusteht“ und daß „sich das Recht eines Dritten an der Forderung auf den Schuldschein erstreckt“.

Hätte nun unser Gesetzbuch, so meint Wolff, den Zubehörbegriff des preußischen Rechts übernommen, wonach körperliche Sachen auch als Zubehör von unkörperlichen Sachen gegolten hätten, so hätte man nicht nur den § 952 entbehren, sondern das Gebäude des Erbbauberechtigten, das Leitungswerk des Dienstbarkeitsberechtigten als Zubehör des dinglichen Rechts betrachten können, kraft dessen das Bauwerk errichtet sei. Da § 952 jenen weiten Zubehörbegriff ersetzen solle, so scheine seine analoge Anwendung durchaus geboten. Das Recht eines Dritten an dem dinglichen Rechte erstreckte sich demgemäß auch auf das Bauwerk.[2])

Auch Sohm zieht den § 952 heran, ohne jedoch auf den Zubehörbegriff zurückzugreifen. Wir geben daher seine bedeutsamen Ausführungen nicht im Auszuge, sondern im ganzen wieder. Er sagt:

„Es darf . . . bemerkt werden, daß die Möglichkeit, eine Sache zum Bestandteil eines Rechts zu machen, vom BGB. unmittelbar und unzweideutig in § 952 anerkannt

---

[1]) So auch Tripeloury, S. 61 f., der jedoch die u. E. gerade sehr bedeutsame Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem rechtlichen Zusammenhang nicht klar zum Ausdruck bringt; siehe übrigens auch seinen auf die Geschichte bezugnehmenden Gegengrund.

[2]) Wolff, S. 80; ihm folgend Tripeloury S. 62 f.

worden ist. Der Schuldschein steht mit Rechtsnotwendigkeit im Eigentum des Gläubigers und wird mit gleicher Rechtsnotwendigkeit von einer Belastung des Forderungsrechts ergriffen (gleiches gilt nach § 952, Abs. 2 auch für andere Papiere ähnlicher Art). Das bedeutet, daß der Schuldschein rechtlich Bestandteil des Forderungsrechtes ist. Über den Schuldschein ist keine selbständige Verfügung möglich. Der Schuldschein ist, solange die Forderung besteht, kein körperlicher „Gegenstand" (kein selbständiger Verfügungsgegenstand), d. h. keine Sache im Rechtssinn (vgl. BGB. § 90): ein neuer Beweis für die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre, daß jedes „körperliche Ding" eine Sache im Rechtssinn darstelle. Für den Schuldschein gilt, solange das Forderungsrecht besteht, kein Sachenrecht (er kann nicht selbständig übereignet, verpfändet werden usf.): das „Eigentum" am Schuldschein ist kein wahres Eigentum, sondern bloße Begleiterscheinung eines anderen Rechts, des Forderungsrechts. Erst wenn das Forderungsrecht untergegangen ist, wird der Schuldschein zu einer Sache nach Art eines Sachbestandteils, der von der Muttersache getrennt ist (vgl. BGB. § 953). Ganz gerade so steht in unserem Fall das Erbbauhaus. Es ist, solange das Erbbaurecht besteht, kein körperlicher „Gegenstand", keine Sache im Rechtssinn, weder eine bewegliche, noch eine unbewegliche. Es wird zu einer (beweglichen) Sache erst nach Untergang des Erbbaurechts und ist dann als losgelöster Bestandteil des Erbbaurechts wie dem Eigentum des bis dahin Erbbauberechtigten (BGB. § 953) so der Hypothek unterworfen, die am Erbbaurecht bestanden hat (§ 1120)".[1])

Bemerken wir zunächst, daß sich Sohm, wie er selbst sagt, hinsichtlich des Sachbegriffs mit der herrschenden Ansicht in Widerspruch setzt. Erinnern wir uns sodann,

[1]) Sohm, i. Jahrb., S. 245.

daß für uns das Erbbauhaus eine unbewegliche Sache ist. Allein diese Differenzen sind nebensächlicher Natur. Die Hauptsache ist, ob der § 952 zur Lösung unserer Frage überhaupt herangezogen werden kann. Dies aber müssen wir verneinen.

Daß § 952, wie Wolff behauptet, den weiten Zubehörbegriff ersetzen soll, ist undenkbar. Das wäre ein wunderliches Gesetz, das vorn — in § 97f. — den Zubehörbegriff nur auf das Verhältnis von Sachen zu Sachen angewandt wissen, hinten aber — eben in § 952 — den verworfenen Zubehörbegriff wieder einführen wollte. Auch ist die Bezeichnung „Zubehör“ hier ausdrücklich vermieden worden.[1])

Sodann aber handelt der Paragraph nur von Urkunden. Das erhellt deutlich aus § 952 Abs. 2, wo es heißt: „Das gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe.“ Will man das Erbbauhaus für eine Urkunde ansehen, in der das Erbbaurecht verbrieft ist?

Endlich aber spricht gegen jede analoge Anwendung des § 952 der Umstand, daß er eine durch den Zubehörbegriff des Bürgerlichen Rechts notwendig gewordene Sondervorschrift ist. Singuläre Vorschriften sind aber niemals analog anzuwenden.[2])

Trotz alledem ist es wohl möglich, das Eigentum am Erbbauwerk als Bestandteil des Erbbaurechts zu betrachten. Die Erörterungen Sohms leiten somit zu der dritten Meinung über.

Diese wird von Fuchs und Biermann einerseits, von Oertmann andererseits vertreten.[3])

---

[1]) Prot., S. 645. — Gierke, S. 618 N. 13, will gar die Vorschriften über das Zubehör anwenden, bezieht sich allerdings auch auf Wolff, S. 78f.

[2]) Vgl. z. B. Wittmaack über § 997 BGB.

[3]) Beiden Parteien schließt sich Meyer S. 298f. an; siehe auch N. 2 daselbst.

Fuchs sagt zu § 1017: „Ist das Bauwerk von dem Erbbauberechtigten . . . errichtet, so ist es gemäß § 94 wesentlicher Bestandteil des als Grundstück geltenden Erbbaurechts.“ [1])

Biermann verweist auf § 96, nach dem „Rechte als Bestandteil eines Grundstücks“, also einer Sache, „gelten“. Danach könnten auch Sachen als Bestandteile von Rechten gelten. Der Logik entspräche das eine so wenig wie das andere, weshalb man gegen die letztere Folgerung nichts einwenden könne.[2])

„In richtigerer Gedankenwendung“ [3]) führt Oertmann aus, daß das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechtsgegenstandes sei.

In Wahrheit werde im § 1017 nicht das Erbbaurecht als abstraktes Gedankending den Regeln über Grundstücke unterworfen — das wäre ein logisches Unding. Es handele sich vielmehr um die dem Erbbaurecht unterworfene Sache selbst in den Beziehungen und der Begrenzung, wie sie durch den Charakter des Erbbaurechts gewiesen würden.

„ . . . es werden aus der Gesamtheit der Qualitäten des Grundstücks die dem Erbbaurecht unterworfenen gewissermaßen als ausgeschieden angesehen und mit einem diese Verselbständigung bezeichnenden besonderen Namen belegt. Nicht auf das „Erbbaurecht“ als Recht, sondern auf die insoweit verselbständigten Qualitäten des Grundstücks, die dem Erbbaurecht unterworfen sind, wird im § 1017 in wiederum logisch anfechtbarer, aber bequemer und im Grunde unmißverständlicher Bezeichnungsweise der Ausdruck ‚Erbbaurecht‘ zur Anwendung gebracht.

Und weiter: Der dem Erbbaurecht unterworfene Grundstücksteil oder -gehalt („das Grundstück als dem Erbbau-

---

[1]) Fuchs, S. 273.
[2]) Biermann, S. 222.
[3]) Gierke, S. 618, N. 13.

recht unterworfenes“) ist natürlich eine körperliche Sache, nicht, wie das Erbbaurecht selbst, ein bloßes Gedankending, und nichts braucht uns an der Annahme zu hindern, daß dieser verselbständigten Sache (wesentliche) Bestandteile zukommen, zu denen dann natürlich nach § 94 das vom Erbbauberechtigten errichtete Gebäude zu zählen ist.“ [1])

Freilich hat die Konstruktion Oertmanns als „allzu transzendentale Konstruktion“ Gegner genug gefunden.[2]) Allein welche dieser Konstruktionen könnte sich rühmen unanfechtbar zu sein?

Etwas Unnatürliches und Gewaltsames haben sie u. E. sämtlich. Man kann daher auch nicht sagen, welche von ihnen richtig oder falsch sind. Falsch dürften sie im Hinblick auf die knappe Gestaltung des Erbbaurechts im BGB. vielmehr alle sein, nur erscheint uns die Oertmannsche weniger gewaltsam und unnatürlich.

Für die Praxis ist aber, wie wir schon eingangs erwähnten, dieser Widerstreit der Theorien recht verhängnisvoll. „Daß das dem Erbauer gehörige Gebäude“, sagt Wittmaack, „für die auf dem Erbbaurecht lastenden Hypotheken und ähnliche Rechte haften muß, drängt sich als selbstverständlich so auf, daß es kaum einen Schriftsteller geben wird, welcher solches nicht anerkennt. Dessen ungeachtet kann man, wenn man die formelle Natur des Liegenschaftsrechts berücksichtigt, bei der verschiedenen Art, wie man die Regel zu begründen sucht, nicht sicher sein, daß auch die Gerichte, wenn die Frage zur prozessualen Erörterung kommen sollte, die Haft des Gebäudes für die Hypotheken usw. annehmen werden.“ [3])

---

[1]) Oertmann, S. 190 f.; ebenso v. Staudinger, S. 527; Favreau, S. 18 f.

[2]) Wittmaack, S. 68 N. 1, und die dort Genannten; Tripeloury, S. 59 f.

[3]) Wittmaack, S. 68 N. 1.

Noch trübere Aussichten eröffnen sich für die „praktisch bedeutsamste“ aller Fragen, für

b) die Mündelsicherheit der Erbbaurechtshypothek.

Von der Entscheidung hierüber hängt ab, ob der Erbbauberechtigte das erforderliche Baugeld erhalten wird, falls er selbst bauen will und soll.

Verschiedene Gelehrte, auch Sohm, waren früher der Ansicht, daß es zur Bejahung nur der Verweisung auf § 1017 Abs. 1 bedürfe, weil nach § 1807 Ziff. 1 Mündelgeld in solchen Forderungen angelegt werden kann, für die „eine sichere Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht.“ [1]) Hiergegen hat sich Wittmaack in eingehenden Ausführungen gewandt [2]) und damit erreicht, daß die Gegner ihm in vielen Punkten recht geben müssen. [3]) So räumt z. B. Sohm ein, daß die Landesgesetze, die nach § 1807 Abs. 2 darüber zu bestimmen haben, nach welchen Grundsätzen die Sicherheit einer Hypothek festzustellen ist, das Erbbaurecht nirgends als möglichen Gegenstand einer sicheren Hypothek anerkannt haben, daß vielmehr die landesgesetzlichen Sicherheitsformeln „nur für den Fall des normalen, vollen Eigentums passen.“ [4]) Auch wird weiter zugegeben, daß der Gesetzgeber, Bundesrat und Reichstag, die Mündelsicherheit von Erbbauhypotheken nicht wollten [5]), und daß daher diese Mündelsicherheit auch „nicht dem bewußten und beabsichtigten Inhalt des BGB. angehöre.“ [6])

Nach wie vor halten aber jene Bodenreformfreunde daran fest, daß die Worte des § 1807 Ziff. 1 reichsgesetzlich,

---

[1]) Siehe Sohm, i. Jahrb., S. 246.
[2]) Wittmaack, S. 149 f.
[3]) Sohm, i. Jahrb., S. 246; Erman, S. 32 f.
[4]) Erman, S. 34 f.
[5]) Erman, S. 37.
[6]) Erman, S. 36.

nach § 1017, auf Hypotheken an Erbbaurechten bezogen werden können, und daß hierin das Reichsrecht durch die landesrechtlichen Bestimmungen über die Bemessung der Sicherheit keinerlei Änderung erfahren hat noch erfahren konnte. „Die Landesgesetze," sagt Sohm, „haben die Bemessung der Sicherheit nur für wirkliche Grundstücke geregelt. Sie haben dadurch nicht bewirkt, daß für die grundstücksgleichen Rechte wie das Erbbaurecht keinerlei Bemessung der Sicherheit möglich sei: sie haben nur diese Bemessung ungeregelt gelassen, so daß hier die freie Beurteilung des Einzelfalles maßgebend ist." [1])

Die Entwicklung des Erbbaurechts soll nun weder nach Sohm[2]) noch nach Erman[3]) durch ein neues Gesetz geschehen, sondern durch die Praxis und die Landesversicherungsanstalten. Wir werden darauf am Schlusse unserer Arbeit noch zurückkommen. Hier haben wir uns noch mit Wittmaack und Tripeloury auseinanderzusetzen.

Wittmaacks Bedenken, daß es — wie „inländische Grundstücke" — „inländische Erbbaurechte" im strengen Sinne des Ausdrucks nicht gebe, sind nicht schwerwiegend. Er selbst gibt die Lösung, indem er auf die Deutung „Erbbaurechte an inländischen Grundstücken" hinweist.[4])

Anders ist es jedoch, wenn Wittmaack mit der „Absicht des Gesetzgebers" argumentiert.[5]) Zwar darf die sog. Absicht des Gesetzgebers nicht zu engherziger Auslegung des Gesetzes führen — insofern treten wir Tripelourys Kritik bei —, eine derartige freie Auslegung eines Gesetzes, wie sie hier gefordert wird, ist aber auch vom Übel.

Wenden wir mit Tripeloury[1]) unsern bekannten Grundsatz hier an, so ist folgendes zu sagen:

---

[1]) Sohm, i. Jahrb., S. 246; Erman, S. 32 f.
[2]) Sohm, i. Jahrb., S. 247.
[3]) Erman, S. 36, 37 f.
[4]) Wittmaack, S. 153; Tripeloury, S. 75.
[5]) Wittmaack, S. 149 f.

Die Frage der Mündelsicherheit der Hypotheken berührt das Verhältnis des Erbbauberechtigten zum Grundstückseigentümer als solchem; denn die Sicherheit der Hypothek beruht auf dem Wert des der Hypothek unterliegenden Pfandobjekts, d. h. des Erbbaurechts, der Wert des Objekts ist aber abhängig von den Abmachungen zwischen den genannten Parteien, von den Befristungen, Bedingungen, von dem Rang der Eintragung[2]) usw. Es erscheint also als dingliche Belastung, nicht als grundstücksgleiches Recht. Es kann daher § 1017, und somit auch § 1807, auf das Erbbaurecht keine Anwendung finden. Von einer Mündelsicherheit der Erbbaurechtshypotheken kann somit nicht die Rede sein.

Man könnte vielleicht versucht sein, wegen dieses gewiß zu bedauernden Resultates unseren Grundsatz zu verwerfen. Es ist jedoch zu beachten, daß damit die feste Richtlinie verloren geht, die in diesem Gewirr von Ansichten erforderlich ist.

Werfen wir noch einen Blick auf

c) den Charakter der Erbbaurechtshypothek,

so werden wir finden, daß sie sich, wie verschiedentlich betont wird, zweckmäßigerweise stets als Amortisationshypothek darstellen wird. Freilich gehört hierzu eine hinlängliche Frist, anderenfalls das Kapital nur mit großen Opfern amortisiert werden könnte. Als Amortisationshypothek gleicht sie den schwindenden Wert des Hauses wie des Erbbaurechts selbst aus, während bei Grundstückshypotheken der schwindende Wert des Hauses durch den steigenden Wert des Grundstücks ausgeglichen wird oder doch ausgeglichen werden kann.

Da aber solche Grundstückswertsteigerung bisweilen auch nicht erfolgt, so kann man in der Tat behaupten, daß

---

[1]) Tripeloury, S. 76f.

[2]) vgl. Tripeloury, S. 71, u. die dort zitierten §§ 44, 52 u. 96, 92 ZVG.

die Erbbaurechtshypothek in diesem Punkte größere Sicherheit bietet als die Grundstückshypothek.[1])

Schlußbemerkung.

Befürwortung einer Gesetzänderung.

Wie sich aus der ganzen vorstehenden Abhandlung ergibt, können wir weder in dem geltenden Erbbaurecht noch in dessen allzu weiter Auslegung eine glückliche Lösung der Kleinwohnungsfrage finden. Wir können nicht mit Erman den „völlig neuen Inhalt“ preisen, „den die §§ 1012—17 angenommen haben.“[2]) Denn er wird und kann nicht von allen anerkannt werden. Es wird an Schwankungen in der Rechtsprechung nicht fehlen, woraus — wie wir schon eingangs gesagt — manch schwerer wirtschaftlicher Schaden entstehen wird. So wie die Dinge jetzt liegen, wird das Erbbaurecht auch dem „privaten Verkehr“ kaum „geläufiger, bekannter“ werden, wie Sohm es erhofft.[3]) Rechtssicherheit und Vertrauen im Publikum zu dem in der Tat „segensreichen“ Rechtsinstitut dürfte u. E. nur ein Gesetz[4]) bringen, das das Erbbaurecht in der von den Bodenreformern mit so viel Scharfsinn und Hingebung entwickelten Gestalt festlegt.

---

[1]) Vgl. Tripeloury, S. 64 f.; Eschwege, S. 87.
[2]) Erman, S. 36.
[3]) Sohm, im Jahrb., S. 247.
[4]) Vgl. v. Wagner, S. 302.


3 0112 077840806